

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE – PROGRAMA DE MESTRADO EM
DIREITO (PRODIR)
JOÃO AUGUSTO DOS ANJOS BANDEIRA DE MELLO**

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SUSTENTABILIDADE COMO BALIZA
HERMENÊUTICA PARA A LIBERDADE DECISÓRIA ESTATAL**

SÃO CRISTÓVÃO

2016

JOÃO AUGUSTO DOS ANJOS BANDEIRA DE MELLO

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SUSTENTABILIDADE COMO BALIZA
HERMENÊUTICA PARA A LIBERDADE DECISÓRIA ESTATAL**

Dissertação apresentada como um dos requisitos para o título de mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, área de pesquisa Constitucionalização do Direito: Direito Público, sob a orientação do Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso.

SÃO CRISTÓVÃO

2016

JOÃO AUGUSTO DOS ANJOS BANDEIRA DE MELLO

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SUSTENTABILIDADE COMO BALIZA
HERMENÊUTICA PARA A LIBERDADE DECISÓRIA ESTATAL**

Dissertação apresentada como um dos requisitos para o título de mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, área de pesquisa Constitucionalização do Direito: Direito Público, sob a orientação do Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso.

APROVADO EM 29 DE FEVEREIRO DE 2016

AVALIADO POR:

PROF DR. HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

PROF DR LUCAS GONÇALVES DA SILVA

PROF^a DRA MARIA LUIZA PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA

SÃO CRISTÓVÃO

2016

Dedico este trabalho a minha esposa, Christiane, a minhas duas filhas, Maria Augusta e Ana Maria. Elas são o sentido de tudo o que faço, a minha razão para crer no futuro, o fundamento da minha existência, e o verdadeiro ser para o qual estou aí no mundo.

E a minha mãe, Sylvia, que, desde sempre, me ensinou a ver sentido em tudo que diz respeito a mérito, trabalho, evolução e sustentabilidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela companhia compreensiva nos momentos de inquietação, pelo bálsamo misericordioso nos momentos de aflição, pela esperança sempre renovada, quando da tribulação, pelo entendimento suavizante quando do questionamento; pela luz constante que iluminou passo por passo até o final desta dissertação.

Agradeço a minha família (esposa, filhas, pais, irmãos, tias e sobrinhos) pelo conforto, pelo aconchego, pela compreensão, e pelo amor que faz tudo ter sentido. Se é importante a casa ser edificada na rocha; importante é a família que é casa e rocha em nossas vidas.

Agradeço aos amigos, do mestrado em Direito e do mestrado da vida, que, de forma solidária e altruísta, dividem os conhecimentos, os sofrimentos, as lições, o afeto, fazendo da caminhada um caminho.

Agradeço ao Ministério Público de Contas e ao Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, instituições que não só me abraçaram, mas forneceram substrato e sentido para galgar este desafio.

Agradeço aos professores que, de forma generosa, abrem nossos sentidos para a estrada virtuosa do entendimento. Meu preito de gratidão a todos e cada um que, nesta longa jornada, proporcionaram a mim, a honra e o privilégio de, dia após dia, conseguir ver o mundo, sempre um pouco mais, pelas lentes da verdade.

Agradeço ao Programa de Mestrado em Direito da UFS, na pessoa de seu Coordenador, a oportunidade e a excelência do curso ministrado. Competência e seriedade que serviram de alento para a busca do conhecimento.

Por fim, um agradecimento especial ao meu professor-orientador, pela confiança, pela paciência, pela competência, em compartilhar experiências neste tortuoso e fascinante mundo do Direito Administrativo.

“O sacrifício do futuro em prol do presente não é logicamente mais refutável do que o sacrifício do presente a favor do futuro. A diferença está apenas em que, em um caso, a série segue adiante e, no outro, não.” Hans Jonas.

RESUMO

O presente trabalho visa a demonstrar que a sustentabilidade erige-se como um princípio constitucional que integra a moldura normativa da constituição, limitando e condicionando os espaços de liberdade para a decisão estatal. Para tanto, a presente dissertação inicia sua argumentação tendo por base a constitucionalização do direito e suas consequências para o entendimento do sistema jurídico, tais como: o reconhecimento da força normativa da constituição, que deve ser *perene* e sustentável no tempo; a centralidade dos direitos fundamentais, em suas eficácias vertical e horizontal; e a aproximação do Direito com a Filosofia, onde a constituição passa a ser percebida como um plexo de valores, valores estes que conformam (e direcionam) a estabilidade, dignidade e desenvolvimento do corpo social. Marco teórico que traz consequências relevantes para o Direito Administrativo e para o balizamento das decisões estatais, porque, neste novel paradigma, o Estado passa a ser visto não apenas como um grande indutor e protagonista das políticas públicas, mas principalmente como o grande maestro do projeto constitucional, induzindo e incentivando as ações estatais e particulares, em prol do desenvolvimento social no presente e no futuro. O que assume especial relevo na medida da necessidade de proteção do futuro, afirmação que se justifica com base na Ética da Responsabilidade do filósofo Hans Jonas, que alerta que o uso indiscriminado da tecnologia e da técnica, a irracionalidade do manejo do poder estatal e a incerteza em relação às modificações infligidas à natureza trazem um real perigo à continuidade da vida humana na Terra. Deste modo, defende-se, com base no paradigma da força normativa (*perene*) da constituição e dos estudos filosóficos de Hans Jonas, o reconhecimento de um direito fundamental ao futuro, e mais, o reconhecimento de um princípio constitucional derivado deste direito fundamental: o princípio da sustentabilidade. Neste ponto, a partir do reconhecimento da sustentabilidade como princípio constitucional (e como princípio, passando a conformar e condicionar toda a aplicação do Direito), demonstra-se como este princípio interfere na percepção do que seja o real interesse público, que longe de ser o interesse secundário do Estado, ou de uma maioria eventual, passa a configurar como o interesse consubstanciado na efetiva concretização, no presente e no futuro, do projeto constitucional. Neste ponto, os eventuais espaços de liberdade decisória somente poderão ser interpretados/compreendidos a partir de uma moldura de sustentabilidade, ou seja, uma moldura que preconize a efetivação contínua do projeto constitucional, e a concretização presente, contínua e crescente dos direitos fundamentais. Neste contexto, será proposto que a hermenêutica jurídica seja voltada ao cumprimento da moldura mencionada,

consubstanciando uma hermenêutica com olhos voltados ao futuro, e à sustentabilidade do projeto constitucional, e que restringirá a liberdade de ação decisória, notadamente a discricionariade estatal, impedindo que interesses egoísticos gerem situações de insustentabilidade; o que terá repercussão relevante no entendimento de institutos como: mínimo existencial, reserva do possível e vedação do retrocesso, que passarão a ser entendidos à luz da sustentabilidade aqui mencionada.

Palavras-Chave: sustentabilidade; direito fundamental ao futuro; ética da responsabilidade de Hans Jonas.

ABSTRACT

This work aims to demonstrate that sustainability stands as a constitutional principle that is part of the regulatory framework of the constitution, limiting and conditioning spaces of state discretion. Therefore, this work begins arguing the constitutionalization of law, and its consequences to the knowledge of the legal system, such as: the recognition of the normative force of the constitution, which must be permanent and sustainable over time; the centrality of fundamental rights (in its vertical and horizontal effectiveness); and the approach of law with philosophy, where the constitution is perceived as a plexus of values, values which conform stability, dignity and development of the social body. This theoretical framework brings important consequences for the Administrative Law, because in this paradigm, state is seen not only as a large inductor and protagonist of public policies, but primarily also as the great conductor of constitutional design, inducing and encouraging state and private actions in favor of social development, now and in the future. What becomes even more important because future needs protection; claim what is justified based on the responsibility ethics of Hans Jonas, which warns that the indiscriminate use of technology and technique, irrationality of the management of state power and the uncertainty consequences of the changes inflicted on nature, bring a real danger to the continuity of human life on Earth. Thus, based on the paradigm of (perennial) normative force of the constitution and philosophical studies of Hans Jonas, this work defends the recognition of a fundamental right to the future, and more, the recognition of a constitutional principle derived from this fundamental right: the principle of sustainability. At this point, from the recognition of sustainability as a constitutional principle (and as a principle, it must shape the entire application of law), it is shown how this principle interferes with the perception of real public interest, and in this way, how it will be understood as an interest embodied to the constitutional project, in the present and in the future. At this point, any areas of decision-making can only be interpreted / understood from a frame of sustainability, what means a frame which would compel the continued implementation of the constitutional project, and continuous and increased realization of fundamental rights. In this context, it is proposed that legal interpretation is attached with the aforementioned frame, consolidating a hermeneutic with eyes on the future and on the sustainability of the constitutional project, which will restrict the freedom of decision-making action, particularly state discretion, in order to refrain selfish interests and situations of unsustainability; what will have a material impact on the understanding of institutes as

existential minimum, reserve of the possible, and social setback prohibition, institutes that must be understood in the light of the sustainability here mentioned.

Keywords: sustainability; fundamental right to the future; ethics of responsibility of Hans Jonas.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 13 |
| 1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: MARCOS HISTÓRICO, FILOSÓFICO E TEÓRICO E SUAS CONSEQUÊNCIAS..... | 18 |
| 1.1 A CENTRALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA IRRADIANTE..... | 20 |
| 1.1.1 Dos direitos fundamentais..... | 22 |
| 1.1.2 Investigação histórica e filosófica dos direitos fundamentais..... | 22 |
| 1.1.3 Do caráter inicial e fundante dos direitos fundamentais..... | 24 |
| 1.1.4 Fundamentalidade formal e material e o catálogo aberto dos direitos fundamentais..... | 26 |
| 1.2 APROXIMAÇÃO ENTRE A FILOSOFIA E O DIREITO..... | 28 |
| 1.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO..... | 29 |
| 1.4 O FUTURO E O DIREITO: A SUSTENTABILIDADE..... | 32 |
| 1.5 O FUTURO INCERTO E AS AMEAÇAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.... | 33 |
| 1.6 HANS JONAS E O DEVER ÉTICO DE TUTELAR O FUTURO..... | 34 |
| 1.6.1 Proteção da vida..... | 35 |
| 1.6.2 Proteção do futuro..... | 36 |
| 1.6.3 Responsabilidade | 37 |
| 1.6.4 Responsabilidade pela proteção da vida e do futuro..... | 39 |
| 1.7 RECONHECIMENTO JURÍDICO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO FUTURO..... | 41 |
| 1.8 FORÇA NORMATIVA E SUSTENTABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO..... | 44 |
| 1.8.1 Força normativa da constituição e sua correlação com a sustentabilidade..... | 45 |
| 1.8.2 Sociedade aberta de intérpretes e sustentabilidade..... | 49 |
| 1.9 O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO | |

| | |
|---|-----------|
| BRASILEIRO..... | 52 |
| 1.10 DA NECESSIDADE DA SUSTENTABILIDADE COMO BALIZA..... | 54 |
| 2 INTERESSE PÚBLICO | 59 |
| 2.1 DISTINÇÃO ENTRE INTERESSE E DIREITO SUBJETIVO..... | 59 |
| 2.2 INTERESSE PÚBLICO COMO UM CONCEITO DINÂMICO E EVOLUTIVO.... | 60 |
| 2.3 INTERESSE PÚBLICO COMO UM DADO DE REALIDADE..... | 61 |
| 2.4 FALSA DICOTOMIA ENTRE INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PRIVADO..... | 62 |
| 2.5 ZONA DE CERTEZA NEGATIVA :OS INTERESSES EGOÍSTICOS..... | 64 |
| 2.5.1 Interesse dos agentes políticos e administradores..... | 65 |
| 2.5.2 Interesse dos indivíduos..... | 67 |
| 2.5.3 Interesse da maioria..... | 68 |
| 2.5.4 Interesses corporativos e o interesse secundário do Estado..... | 70 |
| 2.6 INTERESSE PÚBLICO: ZONA DE CERTEZA POSITIVA..... | 71 |
| 2.6.1 Efetivação do projeto constitucional: a concretização sustentável dos direitos fundamentais..... | 74 |
| 2.7 LIBERDADE DECISÓRIA E INTERESSE PÚBLICO..... | 76 |
| 2.7.1 Alexy: ordem moldura e ordem fundamento..... | 77 |
| 2.7.2 Discrecionariade do legislador..... | 80 |
| 2.7.3 Discrecionariade administrativa..... | 81 |
| 2.7.4 Conceitos Jurídicos Indeterminados..... | 85 |
| 2.7.5 Diretrizes, objetivos e normas de políticas públicas..... | 88 |
| 2.8 LIBERDADE DECISÓRIA E INTERESSES EGOÍSTICOS..... | 89 |
| 2.9 LIBERDADE DECISÓRIA E A PROTEÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO..... | 93 |
| 2.9.1 O argumento da centralidade da dignidade da pessoa humana..... | 93 |

| | |
|--|------------|
| 2.9.2 O argumento da centralidade do princípio democrático..... | 94 |
| 3 A HERMENÊUTICA E A SUSTENTABILIDADE COMO BALIZA PARA A | |
| LIBERDADE DECISÓRIA..... | 96 |
| 3.1 A COMPLEXIDADE HERMENÊUTICA..... | 98 |
| 3.2 HISTÓRICO DO DESENVOLVIMENTO DA HERMENÊUTICA..... | 99 |
| 3.3 HERMENÊUTICA ONTOLÓGICA..... | 104 |
| 3.4 HERMENÊUTICA METODOLÓGICA..... | 110 |
| 3.4.1 Cânone da autonomia hermenêutica..... | 111 |
| 3.4.2 Cânone da totalidade..... | 112 |
| 3.4.3 Cânone da atualidade do entendimento..... | 113 |
| 3.4.4 Cânone da adequação..... | 114 |
| 3.4.5 Aproximação entre a metodologia de Betti e a hermenêutica tradicional..... | 115 |
| 3.5 HERMENÊUTICA ONTOLÓGICA E METODOLÓGICA: UMA SÍNTESE..... | 115 |
| 3.6 UMA HERMENÊUTICA VOLTADA AO FUTURO..... | 117 |
| 3.7 FORMAÇÃO DA MOLDURA E A PROTEÇÃO DO SER DA CONSTITUIÇÃO | 122 |
| 3.8 SUSTENTABILIDADE: UMA BALIZA HERMENÊUTICA PARA A | |
| LIBERDADE DECISÓRIA NA APLICAÇÃO DO DIREITO..... | 126 |
| 3.8.1 A compreensão da reserva do possível..... | 129 |
| 3.8.2 A interpretação do mínimo existencial..... | 135 |
| 3.8.3 Implementação progressiva dos direitos fundamentais..... | 139 |
| 3.8.4 Vedação do retrocesso..... | 141 |
| 3.9 BALIZA HERMENÊUTICA DA SUSTENTABILIDADE: UMA SÍNTESE AO | |
| APLICADOR..... | 144 |
| CONCLUSÕES..... | 147 |
| REFERÊNCIAS..... | 158 |

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito corresponde ao modelo de um Estado servidor, reverente aos interesses dos indivíduos e aos anseios sociais, guardião da dignidade da pessoa humana e da concretização real e evolutiva dos direitos fundamentais.

Um Estado com poderes limitados pelo ordenamento jurídico, com suas decisões plasmadas pela participação política de seus cidadãos; comprometido com os direitos fundamentais de sua população; e vinculado à consecução dos fins maiores de desenvolvimento social daquela coletividade.

Também é um Estado constitucional, na medida em que o documento jurídico onde estarão delineadas as garantias contra o arbítrio, o catálogo de direitos fundamentais, a expressão da participação política, e os objetivos coletivos de finalidade social, será exatamente a constituição.

Neste prisma, será a Lei Magna que trará o arcabouço de toda a organização do Estado Democrático de Direito, seja em termos de limitação contra os abusos; seja em termos do desenho do seu funcionamento; seja em termos dos valores que serão praticados naquele Estado; seja em termos de estipulação dos objetivos nacionais.

Nesta medida, em a constituição estipulando os fins maiores da coletividade, os meios idôneos para que tais fins sejam atingidos, e, principalmente, os valores que nortearão a consecução destes objetivos; facilmente se percebe que se encontra na constituição o maior e mais importante balizamento para a atuação estatal, notadamente em termos de sua liberdade decisória. O que não poderia ser pensado de outra forma, já que é ela, a constituição, a norma primordial e hierarquicamente mais relevante do ordenamento jurídico, servindo de fundamento para todas as demais normas.

Importância que tem se avultado com o advento do que se convencionou chamar constitucionalização do Direito. Com efeito, na evolução do constitucionalismo, desde o advento das primeiras constituições escritas, demorou-se um pouco a reconhecer a efetiva normatividade da constituição, que, nos seus primórdios, era vista como uma carta essencialmente política de exortação ao legislador (sem força normativa).

Naquele momento histórico, o que tinha efetividade era o império da lei – esta tinha eficácia jurídica concreta, e não a constituição. Porém, com a necessidade de uma baliza concreta contra o arbítrio, notadamente em função dos horrores verificados na Segunda Grande Guerra, cresceu o papel da constituição no âmbito dos ordenamentos jurídicos,

passando a ser vista não mais como uma carta política de exortação ao legislador ordinário, mas sim como verdadeiro vértice interpretativo de todo o sistema jurídico.

E mais, reconhece-se que a constituição pode conformar diretamente a ordem social, na medida do reconhecimento de sua força normativa; ou seja, reconhece-se que a constituição exara uma normatividade própria e primária.

Neste passo, com a constitucionalização do Direito, a constituição deixa de ser um instrumento meramente político, passando a ser vista como norma: norma fundamental que não só fulcra a validade de todo o ordenamento jurídico, mas também conforma diretamente a realidade social, como assim funciona como paradigma interpretativo para todo o sistema jurídico.

Deste modo, consolida-se a constituição como o grande parâmetro para aferição do interesse público, e como grande baliza para a tomada de decisão estatal, já que estará na constituição, como visto, não só os objetivos maiores da coletividade, os meios para alcançar estes objetivos, como também os valores que conformarão todo o ordenamento infraconstitucional.

Neste ponto, eis que surge o problema a ser enfrentado nesta dissertação: será que a constituição está sendo usada corretamente como baliza para a aferição do interesse público? Ou será que a tradição jurídica, tendo por base interesses egoísticos, está elegendo como interesse público outros interesses que não estão plenamente sintonizados com o projeto constitucional?

E, mais do que isso, ampliando o problema: será que as ações do poder público estão atentas aos perigos que a modernidade e a civilização tecnológica trazem para a continuidade da vida no Planeta? Ou será que o interesse público está sendo aferido apenas sob uma lógica do presente, priorizando interesses egoísticos? Seria esta segunda abordagem lícita? Ou será que a constituição exige uma sustentabilidade do seu projeto constitucional também em uma perspectiva futura, protegendo o Planeta dos desafios da modernidade e da tecnologia, e, nesta medida, exigindo uma concretização contínua, evolutiva e sustentável do projeto constitucional e de sua face mais relevante: a efetivação dos direitos fundamentais?

É este o problema que se pretende resolver na presente dissertação, com a adoção dos seguintes marcos teóricos: primeiro, a constitucionalização do Direito, especialmente em sua face de necessidade de sustentabilidade da força normativa da constituição, o que influencia todo o ordenamento jurídico, e as decisões estatais, no sentido de proteger a eficácia prospectiva da constituição, notadamente a concretização evolutiva e sustentável dos direitos fundamentais.

Segundo, a Ética da Responsabilidade de Hans Jonas, que desenvolve um imperativo ético, um princípio responsabilidade, onde o próprio homem, enquanto ser racional e consciente dos perigos que afligem a humanidade é responsável por cuidar para que sua existência atual e a existência das gerações futuras possam se desenvolver de modo auspicioso. Responsabilidade que se estende, por óbvio, aos agentes públicos, e a todos aqueles competentes para externar a vontade estatal.

Terceiro, a Hermenêutica, em suas vertentes, filosófica e metodológica, no sentido de estabelecer um processo compreensivo do ordenamento jurídico, para que a interpretação e aplicação do Direito sejam reverentes não só à eficácia presente e futura do projeto constitucional, mas também à concretização contínua e sustentável dos direitos fundamentais. Neste mister, terá que ser desenvolvida uma abordagem Hermenêutica capaz de expungir os preconceitos ilegítimos, todos os resquícios de uma tradição inautêntica que vê o Direito como elemento de reprodução do *status quo*, e que deve ser interpretado com base na lógica do aqui e agora.

Frise-se que o estudo do tema apresentado se justifica, na medida em que o argumento da sustentabilidade tem sido visto pela maior parte da doutrina, apenas em seu viés ambiental, sem a percepção de que esta se espraia por muitas outras dimensões da vida em sociedade, como a dimensão ética, do comprometimento de cada um, não só em preservar a vida no modo em que a conhecemos, como também, no viés jurídico de cada um colaborar para eficácia do projeto constitucional; a dimensão social, das profundas assimetrias sociais que se repetem e se reproduzem, gerando um círculo vicioso de dominação e de ineficácia das normas constitucionais; a dimensão econômica, onde o desenvolvimento não pode ser visto como um bastante em si, mas sim como um instrumento de evolução social.

E, principalmente, a dimensão jurídica, no reconhecimento de que o Direito não tem voltado seus esforços, com a devida propriedade, ao problema da ineficácia do projeto constitucional, muito menos à falta de evolução na concretização de alguns direitos fundamentais; como ainda à irracionalidade de algumas políticas públicas, de resultado claramente insustentável no futuro.

Neste ponto, merecem menção alguns temas clássicos de insustentabilidade fora do viés ambiental: como a insustentabilidade no trânsito, com cidades paradas, vidas ceifadas em acidentes e pessoas perdendo tempo e saúde no meio do tráfego; a insustentabilidade da saúde pública, com a demanda muito maior do que a oferta, e o atendimento de pessoas em condições indignas em grandes hospitais públicos; a insustentabilidade fiscal do custeio da máquina pública, onde, a despeito de uma carga tributária sufocante, o poder público se

apresenta cada vez mais carente de recursos, e incapaz de investir nas grandes demandas sociais exigidas pela constituição.

Deste modo, o tema da sustentabilidade é intimamente conectado à realidade presente, e merece aprofundamento; ainda mais em termos de balizamento de decisões estatais, que, no caso brasileiro, prescinde de maiores comentários no sentido da irracionalidade e da ineficiência com que tem sido preparado nosso país, para o atendimento dos desafios trazidos pelo futuro.

Desta forma, tem-se que o tema escolhido se encaixa na área de concentração do Programa em Mestrado de Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS): Constitucionalização do Direito – linha de pesquisa Direito Público, como assim à linha de pesquisa do orientador que abrange, entre outros temas, o desenvolvimento sustentável e a hermenêutica constitucional; sendo a questão fulcral da tese, a de que a constituição erige como um de seus pilares o princípio da sustentabilidade, que deve condicionar e conformar a liberdade decisória estatal, de modo a reprimir decisões irracionais, que não têm viabilidade no porvir; e, principalmente, de modo a proteger e garantir a eficácia prospectiva do projeto constitucional e a concretização contínua e evolutiva dos direitos fundamentais no futuro.

Este é, portanto, o objetivo principal do presente trabalho: demonstrar como o princípio constitucional da sustentabilidade conforma e condiciona a compreensão dos espaços de liberdade decisória estatal; tendo como objetivos secundários demonstrar a existência de um direito fundamental ao futuro, como assim a necessidade de uma abordagem hermenêutica voltada à concretização deste direito fundamental e de todas as condições de possibilidade do projeto constitucional em termos de sustentabilidade.

Registre-se que a fonte de pesquisa primordial do presente trabalho foi a doutrinária, notadamente por meio dos livros referenciais para cada tema tratado, sem prejuízo da leitura de artigos científicos publicados em revistas. Foram utilizados, de forma subsidiária, outros dados, coletados na internet, em termos de jurisprudência, de pesquisas legislativas, números estatísticos e textos estrangeiros.

A exposição do tema é pautada pelo raciocínio dedutivo, donde, de conceitos mais amplos, e já assentados na doutrina e jurisprudência, foram extraídas as conclusões particulares propostas na presente dissertação.

Ressalte-se, por oportuno, que o método ora adotado é apropriado para pesquisas desta natureza, que envolvem conceitos filosóficos e jurídicos bem assentados e aptos a serem trabalhados, com o fim de deduzir as conclusões aqui propostas.

Quanto ao esforço argumentativo, tem-se que, no primeiro capítulo, será discutido o fenômeno da constitucionalização do Direito, e o absoluto reconhecimento da força normativa da constituição; demonstrando os seus marcos histórico, filosófico e teórico e suas consequências principais para o que ora é discutido, notadamente em termos de constitucionalização do Direito Administrativo.

Ainda neste capítulo, procurar-se-á demonstrar como o futuro pode trazer incertezas e ameaças à concretização dos direitos fundamentais; por isso, a necessidade de se pensar e planejar o futuro, como elemento primordial para condicionar as tomadas de decisão no presente.

E também, demonstrar que a face futura da concretização dos direitos fundamentais é revestida de fundamentalidade, de modo a que haja o reconhecimento jurídico de um direito fundamental ao futuro, e do correlato princípio constitucional da sustentabilidade, como princípio decorrente da pretensão de perenidade da força normativa da constituição e, nesta medida, reitor da eficácia prospectiva do projeto constitucional e da concretização evolutiva dos direitos fundamentais.

No segundo capítulo, será discutido o que seria o real interesse público a ser alcançado com o manejo dos poderes estatais, notadamente aqueles utilizados no bojo de uma competência discricionária. Neste mister, detalharemos o falso confronto entre interesse público e interesse privado, caminhando para a definição de quais seriam os interesses que representariam verdadeiros perigos à assunção do interesse público.

Ainda no segundo capítulo, serão trabalhados os espaços de liberdade para atuação do legislador e do administrador no âmbito da moldura constitucional e legal, notadamente em termos de reconhecimento de espaços de discricionariedade, da interpretação de conceitos jurídicos indeterminados e da ponderação das diretrizes, objetivos e princípios. Como ainda, os perigos de a liberdade decisória ser mal utilizada em detrimento do projeto constitucional.

No terceiro capítulo, será discutida a Hermenêutica Jurídica, seus aspectos filosóficos e metodológicos, e como esta hermenêutica é relevante em termos de compreensão do sistema jurídico e aplicação do Direito, notadamente em termos de compreender as ameaças ao futuro, como assim as condições de possibilidade que uma aplicação correta da constituição pode trazer para a concretização sustentável e evolutiva dos direitos fundamentais nos anos que se seguem.

Neste capítulo, será detalhado, ainda, como a Hermenêutica trará a solução para o efetivo condicionamento dos espaços de liberdade outorgados pelo ordenamento jurídico aos agentes estatais; tudo para discriminar uma Hermenêutica de sustentabilidade, uma

Hermenêutica voltada ao futuro, que proporá soluções para o estabelecimento de parâmetros para uma correta aplicação do Direito em relação ao porvir, inclusive com aplicações práticas com vista a deslindar, não só a idoneidade das escolhas legislativas e administrativas, mas também conceitos ainda controversos como os da reserva do possível, da vedação do retrocesso e do mínimo existencial.

1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: MARCOS HISTÓRICO, FILOSÓFICO E TEÓRICO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O fenômeno da constitucionalização do Direito, também chamado de neoconstitucionalismo, é algo relativamente recente; sendo tal fenômeno explicado por Barroso (2013, p. 267-288), tendo por base três marcos: o histórico, o filosófico e teórico.

Em relação ao marco histórico, assinala o autor que o neoconstitucionalismo tem início na Europa, após a Segunda Grande Guerra (e a vivência e percepção dos horrores do Holocausto), e tem relação com a redemocratização em diversos países como Portugal e Espanha (na década de 70 do século passado) e, no Brasil, notadamente com a Constituição de 1988 (BARROSO, 2013, p. 267).

Ou seja, aflora o neoconstitucionalismo em um momento histórico de redescobertas, da importância da democracia e, principalmente, da importância da efetividade dos direitos fundamentais; fazendo do Direito, interpretado a partir da constituição, uma barreira a qualquer tipo de arbítrio.

Neste sentido, era necessário fugir das armadilhas do estrito positivismo, e resguardar os direitos das minorias, tão massacradas nos regimes totalitários mencionados, e, nesta medida buscar um direito mais voltado à realização da Justiça (BARROSO, 2013, p. 108).

Eis que surge, portanto, como marco filosófico da constitucionalização do Direito o pós-positivismo, que, como dito, não buscou criticar a segurança jurídica trazida pelo positivismo; mas sim almejou trazer uma visão do ordenamento jurídico sensível ao atingimento de ideais morais de justiça e legitimidade social.

O que se conseguiu notadamente por meio do reconhecimento, nas constituições, de um amplo catálogo de direitos fundamentais, consubstanciando regras e princípios, que blindariam o ordenamento jurídico contra a possibilidade do arbítrio, como aconteceu quando do advento do Nazismo e das ditaduras sul-americanas, apenas para citar alguns exemplos.

Feito o registro, cabe explicitar melhor o que seria a constitucionalização do Direito. O que pode ser explicado por meio do seu marco teórico, que tem como fulcro: a) a força normativa da constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e c) e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional (BARROSO, 2013, p. 284).

Para o escopo do presente trabalho não é necessário aprofundar esta matéria tão próxima ao atual modo de operar o Direito, por isso, pedimos vênias para não trazer minúcias em relação ao tema, trazendo para o texto apenas a fundamentação teórica necessária para o raciocínio nele vertido.

Neste sentido, basta asseverar que, em rápidas palavras, a constitucionalização do Direito seria o reconhecimento não apenas formal, mas também material de que a constituição é a norma fundante e o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

Ou seja, tem-se que a constituição é bastante em si, e que, por ser inicial, fundante, não pode ser lida à luz de outras normas. E apesar de ser também um sistema (como o sistema jurídico é um sistema), a constituição é um sistema autorreferido, que deve buscar na sua lógica interna, e na máxima eficácia da promoção dos seus valores, a sua própria compreensão (BRITTO, 2006, p. 165-167).

Desta forma, a constituição não apenas prevalece em termos hierárquicos perante todas as demais normas do sistema jurídico (normas estas que devem ser produzidas de acordo com os cânones constitucionais); mas também a constituição condiciona o conteúdo e a interpretação de todas as demais normas jurídicas, cujo alcance e o sentido devem guardar harmonia com os valores emanados pela Lei Maior.

Neste ponto, reside a grande novidade deste novo paradigma, pois, mais do que a ausência de desacordo, o que o intérprete deve buscar é um alinhamento da norma com os princípios constitucionais.

É a chamada filtragem constitucional, onde a constituição passa a funcionar com um filtro, um fulcro, uma chancela, um crivo, mediante a qual todas as normas e feixes de normas devem ser avaliados; para que, do conjunto, constituição e normas infraconstitucionais, possa-se extrair o real comando e mais adequado ao sistema jurídico como um todo.

Neste sentido, mais uma vez, Barroso (2013, p. 390):

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e

apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

O que nada mais é do que o reconhecimento da força normativa da constituição, de que esta é formada por regras e princípios cogentes, e da mais alta hierarquia, que influenciam todo o sistema jurídico.

Donde se conclui, portanto, que “a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.” (BARROSO, 2013, p. 390).

E, para assegurar esta força normativa, e, como veremos adiante, a própria sustentabilidade da constituição é que urge que haja tanto a expansão da jurisdição constitucional, exatamente para controlar a ação do legislador ordinário, para que este respeite a moldura jurídica traçada pelo Poder Constituinte; como o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, pois, como visto, a constituição, com suas regras e princípios, passa a ser um filtro não apenas de compatibilidade, mas de compreensão de todo o ordenamento jurídico.

Muito bem, para o desenvolvimento da argumentação, escolhemos detalhar duas consequências práticas deste novo paradigma, tangencialmente mencionadas acima: a centralidade dos direitos fundamentais e sua eficácia irradiante; e a aproximação entre a Filosofia (e a Ética) e o Direito.

Consequências que estão interligadas e notadamente vinculadas à assunção (e definição) do interesse público; como ainda, de como este interesse público será efetivado via promoção do direito fundamental ao futuro e da sustentabilidade; e de como esta efetivação condicionará o espaço de liberdade para a decisão estatal, e a própria interpretação do Direito com vista a este fim.

1.1 A CENTRALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA IRRADIANTE

A temática dos direitos fundamentais sempre esteve estritamente vinculada à temática do constitucionalismo contemporâneo, no sentido de que os direitos fundamentais, ao lado da limitação do poder e organização do Estado, e estabelecimento dos seus fins são normas materialmente constitucionais por excelência (BARROSO, 2013, p. 223).

Sendo que, evidentemente, os aspectos acima relacionados estão intrinsecamente conectados, pois é cediço que, onde há arbítrio estatal, há forte tendência à violação de direitos individuais.

Deste modo, se o foco da constituição está na concretização de direitos fundamentais, não é excessivo dizer que o foco do ordenamento jurídico, pela constitucionalização do Direito, está também neste sentido. E, por decorrência, que o interesse público, a finalidade pública e o direcionamento da ação estatal também estarão estritamente vinculados a este nobre fim.

Porém, como já adiantado acima, a constitucionalização do Direito vai além da simples eleição e garantia de direitos fundamentais, ela vai exigir que o respeito aos direitos fundamentais condicione toda a aplicação do Direito.

E não apenas nas relações verticais onde esteja presente o poder do Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), mas também nas relações jurídicas entre particulares, pois a consecução dos direitos fundamentais passa a configurar interesse de todo o corpo social, e sua concretização e eficácia, deve condicionar de todas as relações jurídicas.

É o que reza Sarlet (2013, p. 336):

[...] também na esfera privada ocorrem situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral, que por sua vez, não podem ser completamente destruídos.

Ou seja, mesmo nas relações entre particulares, obrigatório será ter em vista que cada uma destas relações deve ser senão incentivadora, mas pelo menos reverente à primazia dos direitos fundamentais.

E, neste sentido, como trataremos neste trabalho basicamente da efetivação do interesse público, seja via atuação direta do poder público, ou por meio da regulação da ação dos particulares e da responsabilidade do agente público com tal mister, agindo em prol do interesse público, tendo a sustentabilidade condicionando os espaços de liberdade de decisão; tem-se, por certo, que a concretização dos direitos fundamentais, em sua melhor medida, será sem dúvida um norte de conduta essencial para o sucesso desta missão.

Mas para percorrer este caminho, que passará, adiante, pela caracterização de um direito fundamental ao futuro; tem interesse aprofundarmos um pouco a temática dos direitos fundamentais. O que faremos a partir de agora

1.1.1 Dos direitos fundamentais

Direitos fundamentais, em sua acepção literal - buscando o significado semântico do qualificativo fundamental - seriam aqueles direitos que servem de alicerce, fundamento para outros direitos; e/ou direitos que dão início à elaboração de outros direitos; e/ou direitos básicos, essenciais, indispensáveis.

Porém, isto diz pouco em termos jurídicos; seja porque as ideias expressadas revelam-se demasiado gerais, sem uma informação precisa acerca do porquê do caráter embasador, inicial e essencial desta categoria de direitos. A fundamentalidade expressada não traz uma informação específica acerca do conteúdo destes direitos.

Deste modo, devemos investigar como e por que surgiu a noção de direitos fundamentais (sua gradação e desenvolvimento histórico); como também o caráter e o conteúdo de tais direitos (o que protegem); e ainda o porquê de sua posição de centralidade (e fundamentalidade) no ordenamento jurídico, com sua estrita vinculação com as constituições.

E o porquê de esta fundamentalidade ter que se efetivar também de modo prospectivo em relação ao futuro. Para tanto, é necessária, uma digressão de investigação histórica, filosófica e jurídica para responder estas perguntas. O que começaremos a fazer a partir de agora.

1.1.2 Investigação histórica e filosófica dos direitos fundamentais

Robert Alexy, jusfilósofo alemão, em sua obra magistral Teoria dos Direitos Fundamentais (2011, p. 31) diz que sobre os direitos fundamentais podem ser formuladas teorias distintas, a depender do enfoque e das premissas utilizadas.

Exemplifica o autor alemão que teorias históricas explicam o surgimento dos direitos fundamentais; teorias filosóficas se ocupam de sua fundamentação; e teorias sociológicas acerca de sua função no sistema social.

Porém, apesar de distintos os enfoques, realça Alexy (2011, p. 31) que todas as teorias possíveis, a depender de qual ciência social lhes dê fundamento, terão pontos de contato e de conexão, servindo umas às outras de subsídios para uma investigação científica recíproca.

Por isso, mesmo para uma abordagem eminente jurídica, não se podem perder de vista as investigações necessárias pertinentes a outras ciências sociais, notadamente a Filosofia, pois, como bem esclarece José Afonso da Silva (2002, p. 173-175), os direitos fundamentais

tiveram sua construção paulatinamente embasada em diversos pensamentos e correntes filosóficas.

Com efeito, esclarece o constitucionalista, em uma gradação histórica, os seguintes pontos de partida: que do cristianismo primitivo, com sua mensagem de libertação do homem, derivou o reconhecimento de uma dignidade intrínseca à pessoa humana, desfrutada, portanto, por todos os homens enquanto criaturas formadas à imagem de Deus; da doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII, de natureza racionalista, adveio, como no cristianismo primitivo, o reconhecimento de uma dignidade natural inerente à condição humana, porém derivada de sua natureza racional, e não do fato de ser uma criatura de Deus; e do pensamento iluminista que, por valorizar a condição individual do homem, e sua liberdade, veio o impulso para que fossem criadas as primeiras declarações de direitos do homem (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 173-175).

E não poderia ser de outra forma, já que cabe à filosofia o estudo do homem, e de suas relações entre si e com o universo. Deste modo, o Direito busca, no pensamento filosófico, um caminho para sua racionalidade e para o seu êxito.

Nesta linha, dando ênfase ao fundamento filosófico (ao lado dos fundamentos religioso e científico da dignidade humana) temos Comparato (2005, p. 03), que afirma que, da questão peregrina: - o que é o homem? Derivou toda a especialidade e singularidade que justifica sua peculiar dignidade.

Voltando ao tema em debate, e ainda com Afonso da Silva (2002, p. 174-175), temos que as concepções filosóficas acima mencionadas (do cristianismo ao iluminismo) tiveram que ser aperfeiçoadas com o surgimento das novas condições econômicas decorrentes do desenvolvimento industrial.

Ampliou-se o leque dos direitos fundamentais reconhecidos, reconhecendo-se direitos econômicos e sociais. E as fontes de inspiração destes novos direitos foram: as doutrinas marxistas postulando a igualdade material a todos os homens, proposta pelo regime socialista; a doutrina social da igreja, a partir do papa Leão XIII, que, sem fugir do regime capitalista, procura fundamentar uma ordem mais justa; e, por fim, o intervencionismo estatal, a doutrina do Estado do Bem-Estar Social que “reconhece que o Estado deve atuar no meio econômico e social, a fim de cumprir uma missão protetora das classes menos favorecidas, mediante prestações positivas.” (AFONSO DA SILVA, 2002, p. 175).

Assim, pela gradação histórica baseada nos pensamentos filosóficos acima demonstrados, percebe-se que o conteúdo da expressão direitos fundamentais variou com o tempo, iniciando-se basicamente com o direito à vida e à liberdade; e, posteriormente,

sofisticando-se para abranger todo um leque de prestações e direitos sociais que assegurem não só a vida e a liberdade, mas uma dignidade, uma qualidade de vida compatível com a vida e a liberdade.

Chegando à concepção mais atual de direitos fundamentais, identificando-os como aqueles vinculados com a natureza do homem, enquanto ser racional e consciente de sua singularidade. Sendo, por certo, também direito fundamental a viabilização e a concretização de prestações que assegurarão a manifestação desta singularidade, em termos de uma vida com dignidade, liberdade e igualdade de oportunidades, no tempo atual e no futuro.

E exatamente pela ligação intrínseca de tais direitos com a humanidade em si mesma, que os mesmos são primordiais e fundantes da própria ordem jurídica. Tema tratado logo em sequência.

1.1.3 Do caráter inicial e fundante dos direitos fundamentais

Adotando-se uma linha lógico-jurídica, podemos dizer que tais direitos são fundamentais porque servem de ponto de partida para a elaboração dos ordenamentos jurídicos positivos.

Explicam Piero e Schlink (2012, p. 48) que há duas correntes quanto à relação entre direitos fundamentais e o Estado. A primeira corrente sustenta que os direitos fundamentais são anteriores ao Estado e este surge limitado pelos direitos fundamentais; a segunda defende o inverso: é exatamente o Estado que legitima os direitos fundamentais.

Entendemos como mais correta a primeira corrente, notadamente em relação à concepção contemporânea de Estado. Com efeito, é certo que os direitos fundamentais não foram reconhecidos a um só tempo. Eles decorrem de um longo e paulatino processo de conquista.

Porém, este gradativo processo de conquista, que teve como marco visível as declarações de direitos (notadamente a francesa e a americana), culminou não apenas com o reconhecimento dos direitos fundamentais, mas também culminou com o surgimento das primeiras constituições escritas, que já nasceram sob o gáudio e a primazia dos direitos fundamentais.

Tudo porque, e não poderia ser de outra forma, a conformação e limitação do poder, a ideia de governo para o povo, e o respeito aos direitos fundamentais estão intrinsecamente ligados. E nada mais relevante para o ser humano, ou seja, para o povo, como esfera pessoal de validade da ordem jurídica estatal, que sejam assegurados, como destinatário das ações do

Estado, os direitos mínimos correlacionados com a sua condição de indivíduo, com a sua condição de ser humano.

Por isso, a constituição, a norma fundante de todo o ordenamento jurídico estatal, em sua tarefa de estruturar o Estado, deve disciplinar a matéria dos direitos fundamentais. Disto decorre que, ao menos em relação ao Estado contemporâneo, os Estados delineados a partir das constituições escritas (na tradição ocidental) são forjados sob o influxo dos direitos fundamentais (e não o contrário).

Mas a ligação entre constituição escrita e direitos fundamentais estreitar-se-ia ainda mais. Isto porque, conforme assevera Barroso (2013, p. 108), inicialmente, nos ordenamentos jurídicos europeus, não se viam as normas constitucionais ainda como centros irradiantes de todo o ordenamento jurídico:

No constitucionalismo europeu – e na maior parte do mundo, que vivia sob sua influência – prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais não seriam propriamente normas jurídicas, que comportassem tutela judicial quando descumpridas, mas sim diretivas políticas endereçadas ao legislador.

A força normativa da constituição, conforme expressão consagrada por Konrad Hesse (1991), passa a ser reconhecida, como vimos acima, com o fenômeno da constitucionalização do Direito (paradigma do presente trabalho), onde não só a constituição assume o seu papel de centro do ordenamento jurídico, mas as normas constitucionais passam a ser reconhecidas como cogentes, fundantes e condicionantes de todo o sistema legal.

Deste modo, podemos sintetizar a relação Estado *versus* direitos fundamentais da seguinte forma: primeiro, o reconhecimento paulatino pelos Estados de limites em relação a sua atuação perante os indivíduos; depois, com o advento das constituições escritas, os Estados passam a ser estruturados sob a égide dos direitos fundamentais; e, finalmente, com a força normativa das constituições, os direitos fundamentais passam a ocupar o seu ápice de centralidade, passando à plena exigibilidade, condicionando e fundamentando todo o ordenamento jurídico.

Neste sentido, vale a lição de Luno (1998, p. 19), ao esclarecer que constitucionalismo atual não seria o que é sem os direitos fundamentais. As normas que consagram os direitos fundamentais são um pilar essencial para o modelo constitucional (atual) de sociedade. E, norte final para o delineamento da ação do Estado (que, como veremos, tal atuação é ancilar do interesse público, da concretização dos direitos fundamentais no presente e no futuro e da materialização do projeto constitucional).

1.1.4 Fundamentalidade formal e material, e o catálogo aberto dos direitos fundamentais

Explica Sarlet (2012, p. 74-77) que a fundamentalidade de certos direitos subjetivos pode ser vista e analisada sob uma dupla ótica. Duas faces: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material.

A primeira, fundamentalidade formal, tem relação com a previsão, expressa ou implícita, no ordenamento jurídico, da qualificação de determinado direito como fundamental.

Ou seja, em outras palavras, que o direito fundamental em questão conste (expressa ou implicitamente) da constituição, gozando, portanto, do status de norma de mais alta hierarquia; sendo protegido pelos limites formais e materiais de reforma da constituição e lhe sendo atribuída eficácia vertical e horizontal. Vejamos:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo, no sentido de um regime jurídico definido a partir da própria constituição, seja de forma expressa, seja de forma implícita, e composto, em especial pelos seguintes elementos: (a) como parte integrante da constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais; (b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (art.60 da CF) [...] (c) além disso, as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediante as necessárias ressalvas e ajustes, também os atores privados (art.5º, §1º, da CF). (SARLET, 2013, p. 279).

De outra face, mesmo na ausência de tal catalogação expressa, pode ser compreendida uma fundamentalidade material a ser reconhecida pelo aplicador do direito, na medida em que certos direitos, pela sua relevância, têm reconhecimento lógico e implícito de tal qualificação.

A fundamentalidade material (ou em sentido material), por sua vez, implica análise do conteúdo dos direitos, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da Sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana. (SARLET, 2013, p. 279).

É certo que há de se reconhecer a liberdade do legislador constituinte em determinar quais seriam os direitos considerados fundamentais naquele determinado ordenamento jurídico.

Porém, até por uma questão de sintonia da própria constituição com a realidade social, de forma a garantir a legitimidade de sua força normativa, tem-se normalmente cláusulas de abertura em sede de direitos fundamentais de modo que possam ser reconhecidos como fundamentais, outros direitos previstos ao longo do corpo constitucional; outros direitos como implícitos ao sistema constitucional (com fundamentalidade material) e ainda outros direitos expressamente consagrados em tratados internacionais de direitos humanos (SARLET, 2013, p. 278-295).

Ou seja, a fundamentalidade material de determinados direitos, em havendo adequação com as cláusulas de abertura mencionadas, pode levar ao reconhecimento da fundamentalidade formal destes mesmos Direitos.

É o caso, por exemplo, da Constituição Brasileira (1988), que possui as cláusulas de abertura mencionadas¹, aptas ao reconhecimento de novos direitos fundamentais. Fazendo, assim, com que haja um catálogo aberto de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

Mais uma vez, nesse sentido, Sarlet:

A nossa Constituição consagrou a noção, já incorporada à nossa tradição jurídico-constitucional desde o advento da República, da abertura material de nosso "catálogo" de direitos fundamentais, que abrange, além dos direitos previstos nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, os assim chamados direitos implícitos e decorrentes do regime e dos princípios, mas também alcança direitos fundamentais expressa e implicitamente positivados em outras partes da Constituição. (2002, p. 04).

E deste catálogo aberto é que exsurgirá, como veremos adiante, o direito fundamental ao futuro, base para a sustentabilidade cuja caracterização e eleição como baliza para a hermenêutica e a liberdade decisória estatal são os objetivos finais desta dissertação.

Direito fundamental ao futuro que, como será delineado mais à frente, tem fortes bases filosóficas. E para explicitar tais bases, merece relevo comentar a aproximação pós-positivista entre a filosofia e o direito.

¹Art.5º, §§2º e 3º da Constituição Federal do Brasil.

1.2 APROXIMAÇÃO ENTRE A FILOSOFIA E O DIREITO

Como vimos acima, destaca Barroso (2013, p. 378-386) que a constitucionalização do Direito é decorrência do pensamento pós-positivista, que, reconhecendo o fracasso do positivismo em prevenir/reprimir/mitigar ameaças aos direitos fundamentais, busca um Direito com viés mais principiológico, mais vinculado à proteção do indivíduo e a garantir as prestações essenciais a que este indivíduo goze de uma vida digna e que tenha oportunidade de desenvolvimento social.

Neste sentido, princípios relacionados à proteção dos direitos fundamentais ganham importância ímpar, já que, além de servirem como normas protetivas de cada um dos aspectos considerados essenciais para que o ser humano desenvolva-se com dignidade, passam também a funcionar como guias dos valores preconizados pela Carta Magna, tanto para a produção de normas jurídicas, como para a interpretação das normas existentes.

Neste ponto, evidencia-se que o ordenamento vai buscar na constituição o seu plexo axiológico; e o Estado, enquanto personificação da ordem jurídica, procurará na constituição o seu norte, que em última análise consistirá em garantir a efetiva concretização dos múltiplos projetos de vida boa ansiados por aquele corpo social.

E aí, do pós-positivismo, redundará uma aproximação do Direito, com a Filosofia, notadamente com a Ética, pois

o pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços segmentados, que não se influenciam mutuamente. (BARROSO, 2013, p. 270).

Tudo porque a Ética busca exatamente traçar padrões de conduta virtuosos, especificar valores que devem ser cultivados, delinear objetivos coletivos a serem alcançados, de acordo com a finalidade almejada por aquela comunidade.

E, neste ponto, o Estado e o Direito buscarão objetivos semelhantes no que tange à organização do corpo social e à imputação de direitos e deveres, de modo também a garantir a assunção dos fins últimos preconizados pela sociedade.

Ou seja, tanto a Ética, de modo abstrato e no âmbito filosófico; como o Direito, de modo mais concreto e coercitivo, buscarão exatamente a mesma coisa: meios aptos de

desenvolvimento social, e evolução virtuosa daquela comunidade. E, havendo esta aproximação, é lícito que o Direito vá buscar na Ética parâmetros para sua aplicação.

Por isso, em se tratando de assunção do interesse público, de estipulação da finalidade das ações do Estado, de desenho do agir dos gestores (e balizamento para sua liberdade de decisão), nada mais natural que busquemos parâmetros éticos para tal aperfeiçoamento; e nesta medida, adiante, veremos como a Ética da responsabilidade de Hans Jonas pode ser um parâmetro eficaz para direcionar a atuação do Estado com vista a efetivar o projeto constitucional, resguardar a efetividade deste projeto no futuro, e em última análise, garantir o cumprimento do interesse público.

1.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Muito bem, mas já que tratamos nesta dissertação do delineamento e operacionalização das ações estatais, e de sua legitimidade frente à consecução do interesse público – matéria típica de Direito Administrativo; importa então saber quais seriam as consequências práticas do novo parâmetro da constitucionalização do Direito para este ramo do estudo jurídico. As consequências são relevantes. Vejamos.

Ora, muitos aplicadores do Direito Administrativo, talvez porque tenham por base exatamente ideias transpostas do Direito estrangeiro, sem a devida adaptação ao Direito pátrio; ou ainda parâmetros interpretativos com viés autoritário (esquecendo, talvez, que não estamos mais sob a égide da Carta de 1967 e sim sob a regência da Constituição Cidadã); ou ainda esquecendo que a própria Lei Magna atual trouxe importantes contribuições em matéria de Direito Administrativo (normas que, como visto, são base de legitimidade de outras normas e não o contrário); ainda vêem este ramo do Direito como aquele que de forma unívoca e unilateral determina e cataloga os (muitos) poderes da Administração Pública, em relação aos ditos administrados.

Como se o Direito Administrativo tivesse uma origem milagrosa, e que, de uma hora para outra tivesse dotado poderes para a Administração Pública, para que esta operasse o bem comum (BINENBOJM, 2005, p. 117).

Este paradigma é de ser ultrapassado, exatamente pelo advento da constitucionalização do Direito, onde o surgimento da Carta de 1988 retratou não só um novo parâmetro normativo de legitimidade das leis ordinárias; mas também a consolidação de um novo viés democrático, coroando uma nova roupagem para o Estado e para a Administração Pública brasileira. O que levou a relevantes modificações na maneira de ler e compreender este ramo do Direito.

Neste sentido, Barroso (2005, p. 37):

Na quadra presente, três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a sequência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados.

Com efeito, é um equívoco, inclusive histórico, pensar o Direito Administrativo como um ramo do Direito autoritário e serviente a estruturas de poder. Isto porque o Direito Administrativo surgiu, junto ao Estado de Direito, exatamente para proteger o indivíduo do arbítrio estatal.

É o que defende Binenbojm (2005, p. 117): “Narra a história oficial que o direito administrativo nasceu da subordinação do poder à lei e da correlativa definição de uma pauta de direitos individuais que passavam a vincular a Administração Pública.”

Nesta senda, se o Direito Administrativo já tinha que ser visto, compreendido e interpretado, pelas suas raízes históricas, sob a ótica do indivíduo; muito mais então o Direito Administrativo brasileiro, a partir da Constituição de 1988, que é indubitavelmente uma constituição reverente aos direitos fundamentais.

Reverência demonstrada em termos materiais, face o farto leque de direitos e garantias primordiais albergadas na Carta Magna (BRASIL, 1988); como ainda em termos topológicos, pois a primeira preocupação da nossa constituição foi exatamente definir e garantir os direitos fundamentais (art.5º - antes mesmo de desenhar o arcabouço estatal); como em termos prospectivos, estabelecendo um catálogo aberto de direitos fundamentais, protegidos por cláusula pétrea.

Deste modo, em nosso sentir, incorre em erro quem correlaciona Direito Administrativo a privilégios e prerrogativas da Administração Pública e ao exercício de poder. Não, se poderes são manejados pela Administração, estes têm que ser meramente instrumentais, para o alcance de fins de interesse público.

Neste sentido, Otero (2010, p. 32):

o exercício do Poder não é uma prerrogativa ou um dos direitos dos governantes sobre os governados, antes traduz um serviço daqueles a favor do bem comum dos governados: a realização do bem comum, traduzindo uma realidade ao serviço da salvaguarda dos direitos e deveres da pessoa humana, consubstancia a própria razão do ser dos poderes públicos.

Como também, em nossa visão, engana-se quem pensa em Direito Administrativo como um ramo do Direito exclusivamente de meios, regulação de procedimentos, tais como os relativos a concursos e licitações.

Isto porque o Direito Administrativo, quando lido a partir da constituição, passa a ser um ramo do Direito voltado e comprometido com os fins do Estado que podem ser sintetizados nas regras do art.3º da Lei Magna Federal, ou seja, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Ou, em última análise, comprometido com a concretização dos direitos fundamentais, e nesta medida (como veremos adiante), comprometido com o projeto constitucional e com a consecução do interesse público.

Os procedimentos e meios mencionados são relevantes? Claro que sim, mas na exata medida em que se harmonizam e se sintonizam com os fins a serem alcançados. Ou, dito de outra forma, quando auxiliam no projeto constitucional de transformação evolutiva da sociedade, na busca da concretização (presente e futura) dos direitos fundamentais.

Neste sentido, a constitucionalização do Direito Administrativo será relevante para retirar deste o seu ar ensimesmado, de fins e meios que parecem advir de uma doutrina estrangeira, sem justificação, nem no mundo dos fatos e nem na Constituição Brasileira.

Tudo para fazer com que o Direito Administrativo seja sim, comprometido com a concretização dos direitos fundamentais, e nesta medida, como veremos adiante, comprometido com a sustentabilidade do projeto constitucional e com a consecução do interesse público, no presente e no futuro.

Porém, e isto merece relevo, veremos que este novo paradigma de Direito Administrativo, este paradigma de compromisso com o sucesso do projeto constitucional, implicará uma nova visão das relações entre dever e poder.

Isto porque não será mais suficiente a conclusão de que todo poder é direcionado a um dever, no sentido kantiano de que a verdadeira liberdade (poder) é desempenhada quando do cumprimento, por escolha própria, de um dever (imperativo categórico) – um dever oriundo de uma lei com a qual o indivíduo concordou. (SANDEL, 2014, p. 158).

Para a defesa correta do futuro, teremos que avançar, como veremos adiante com base nos ensinamentos de Hans Jonas (2015, p. 215), no sentido de que o poder deve ser desempenhado não só em busca do que deve ser feito, em função do projeto normativo do ordenamento capitaneado pela constituição; mas também em função do que deveria ter

sido feito no passado e que por ter sido feito (ou ter sido omitido), pode modificar o projeto futuro.

Ou seja, se na dicção de Moreira Neto (2011, p. 05), o Direito Administrativo determina o caminhar da Administração Pública em direção a uma democracia substantiva; este caminho não pode ser visto como uma avenida que inexoravelmente chegará ao fim preconizado.

O caminho tem que ser visto, revisto e reavaliado a cada etapa de modo a que o rumo possa ser corrigido de tempos em tempos, em função de novos anseios e novas expectativas da realidade social.

Sendo certo que a face do controle, relevantíssima no âmbito do próprio Direito Administrativo, e na defesa da própria constituição, terá um papel relevante neste contínuo verificar se a direção correta está sendo delineada (fazendo eventualmente as devidas correções), notadamente em termos do conteúdo de decisões estatais.

Neste caminho, temos que, para o momento, deve ficar assentado que todo o poder estatal, inclusive o chamado poder discricionário (ou todo espaço de liberdade decisória ou hermenêutica) deverá ser direcionado (e sindicado, e corrigido se necessário), via constitucionalização do Direito Administrativo, para a consecução dos objetivos aqui mencionados, que podem ser resumidos na busca pelo interesse público. No presente e no futuro (futuro este que será o objeto de preocupação a partir de agora).

1.4 O FUTURO E O DIREITO: A SUSTENTABILIDADE

Em que pesem as inúmeras discussões acerca da concretização e eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais, pouco tem-se discutido acerca da sustentabilidade destes direitos em relação ao futuro.

Isto porque a problematização da temática dos direitos fundamentais tem sido estudada muito mais sob a ótica da implementação mais rápida possível (e momentânea) de tais direitos e menos sob o critério da eficácia social de tais direitos no tempo, em dez, cinquenta, cem, ou mil anos.

Sendo tal consideração relevante exatamente porque nada garante, por exemplo, que, no futuro, a implementação progressiva dos direitos sociais possa continuar no ritmo preconizado pelos sistemas regional e internacional de proteção de direitos humanos; que as economias dos países suportem o ritmo de crescimento necessário para que haja recursos suficientes para o equacionamento das assimetrias sociais; ou mesmo que os recursos naturais

do Planeta sejam suficientes para que haja uma continuidade do processo biológico da espécie humana e das outras espécies, com a dignidade que lhes é devida.

Tudo porque o futuro que se avizinha, em vez de grande redentor das mazelas humanas, pode se revelar obscuro e ameaçador. É o que nos leciona Hardin (1968), Beck (2003, 2010) e Hans Jonas (2013, 2015).

1.5 O FUTURO INCERTO E AS AMEAÇAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Hardin, em seu *Tragedy of the commons* - artigo publicado em 1968, que em tradução livre pode ser retratado como a Tragédia dos bens comuns – denota em seu pensamento que o ser humano tem uma natureza egoística, de modo que nas situações corriqueiras do dia-a-dia, este procura o máximo de benefício para si mesmo na fruição dos bens comuns.

E que este egoísmo associado ao aumento populacional e principalmente ao incremento do consumo e dos níveis de conforto, pode levar a um esgotamento de riquezas naturais, ou mesmo da capacidade de a natureza recuperar-se dos agravos contra ela cometidos (HARDIN, 1968, p. 2-7).

Daí, preconiza o autor, a necessidade de uma intensa regulação por parte do Estado, por meio de normas coercitivas, para garantir uma fruição sustentável das riquezas naturais, suplantando o egoísmo natural do ser humano (HARDIN, 1968, p. 4-7).

Porém, apesar de pugnar por uma regulação efetiva, como forma de otimizar a utilização dos bens comuns, o autor, sombriamente, assume como premissa - já naquela época (o artigo é de 1968) - que o problema populacional no mundo não tem uma solução técnica, na medida em que, se a riqueza do mundo é finita, então um aumento populacional fará com que a riqueza por pessoa continuamente diminua, até o momento em que esta riqueza não seja mais suficiente para o que se convencionou chamar de uma vida digna. E, nesse contexto, o planeta Terra não teria mais condições de sustentar uma vida digna à humanidade, e o espaço sideral seria a única escapatória (HARDIN, 1968, p. 2-7).

Em caminho semelhante segue Beck (2003, 2010), com suas reflexões sobre a sociedade de risco, onde a globalização, o uso intenso da tecnologia, e a incerteza das consequências deste poder tecnológico (o poder da técnica, conforme ensinamento de Jonas) fazem com que as ameaças, os perigos sejam globais e interconectados.

Acidentes nucleares, forças da natureza, desastres ecológicos entram nas agendas de preocupação dos Estados, já que tais riscos ultrapassam a fronteira do Estado nacional e podem atingir toda uma comunidade de países.

O risco passa a ser uma presença constante, e universal, ultrapassando inclusive fronteiras sociais, obtendo um efeito equalizador, onde todos, realmente todos estão ameaçados (BECK, 2010, p. 43).

E, mais do que isso, os riscos são hoje de proporções e consequências ilimitadas fazendo com que, por exemplo, em relação ao cálculo dos mortos em decorrência do acidente nuclear da Usina de Tchernobil, que estes (os mortos) se multiplicam ao longo dos anos, em função das “diversas substâncias tóxicas que circulam na água, no solo, no ar, etc. (BECK, 2003, p. 118-119).

Neste sentido, a mitigação do risco, por meio da prevenção e da precaução passam a ser palavras de ordem, e passam a fazer parte (ou ao menos deveriam fazer) das concretas preocupações do Estado nacional. Para tanto, este mesmo Estado nacional precisará cada vez mais de agilidade e celeridade no tratamento/mitigação/prevenção/precaução de tais riscos.

É o que esclarece Cardoso (2006, p. 75), na linha dos ensinamentos de Beck, arrematando o que foi dito linhas acima:

Nosso mundo é a sociedade de risco. É preciso compreendê-lo como uma realidade que atingiu um nível de ameaça muitíssimo superior à nossa imaginação. Esse mundo civilizatoriamente construído praticamente aboliu a indecisão. E é permanente a necessidade de tomar decisões que tocam a substância da sobrevivência.

E de modo semelhante, temos as observações de Jonas (2013, 2015), com sua aguda preocupação quanto ao uso indiscriminado da técnica, ameaçando de modo efetivo a existência humana na Terra, nos moldes em que conhecemos e vivemos.

E por termos como absolutamente relevante o magistério do filósofo Hans Jonas (2013, 2015), e por sua importância e centralidade no presente texto, este será apresentado de forma destacada a partir de agora.

1.6 HANS JONAS E O DEVER ÉTICO DE TUTELAR O FUTURO

Hans Jonas, em sua obra, procura traçar padrões éticos para a conduta humana tendo em vista os perigos da técnica, ameaçando o futuro da humanidade.

Defende o filósofo, por exemplo, que é um imperativo categórico a proteção da vida em todas as suas acepções, já que são todas as formas de vida, que garantem o substrato para o desenvolvimento da vida humana na forma que a conhecemos (JONAS, 2015, p. 229).

E que a técnica, a civilização tecnológica em que vivemos, traz importantes modificações no mundo físico, nos estilos e meios de vida; modificações estas que, cada vez mais, trazem consequências incertas, a ponto de não termos absoluta certeza de como a vida humana desenvolver-se-á nos próximos anos, no médio e longo prazos, o que faz da precaução, e não a ousadia, o valor notável em relação ao futuro (JONAS, 2013, p. 75-77).

Isto porque o ser humano, a depender da rapidez das transformações e da extensão das consequências destas transformações, não será mais capaz de prever ou antever com absoluta precisão como será o mundo futuro (a insegurança das projeções futuras), o que se torna um perigo para a reprodução e a continuidade da vida humana na Terra (JONAS, 2015, p. 73).

Neste ponto, a proteção da vida ganha uma perspectiva diferente, pois não bastará proteger a vida atual e presente; não bastará proteger o hoje, tendo em vista as práticas e saberes do ontem. Será preciso proteger o amanhã e o futuro, sendo que, muitas vezes, os saberes do ontem não serão suficientes a garantir tal tarefa. Daí a necessidade do parâmetro da responsabilidade; onde agir com responsabilidade é atuar de tal forma que se tenha a exata medida da consequência de cada ato, de cada decisão (JONAS, 2015, p. 77-81).

E, em caso de dúvidas em relação às consequências, deve haver o devido cuidado, a devida restrição por parte do exercício do poder de transformação da natureza, para que o futuro possa ser preservado (JONAS, 2015, p. 77-81).

Nesta medida, a Ética de Hans Jonas cuida exatamente para que o processo de desenvolvimento seja virtuoso, baseado nos três pilares principais mencionados: proteção da vida, proteção do futuro, e responsabilidade de todos e do Estado para a satisfação de tal fim.

Vejamos agora, com mais vagar, como esta Ética se coaduna com a eficácia e concretização dos Direitos Fundamentais, e, em última análise, o papel do Estado na consecução neste mister (e, por conseguinte, a assunção de modo sustentável do interesse público).

Ou mais especificamente, como a ética de Hans Jonas tem perfeita consonância com a constitucionalização do Direito e com os valores necessários a nortear a consecução do interesse público.

1.6.1 Proteção da vida

Hans Jonas prega a preservação da vida, este é seu imperativo categórico; mas como adiantamos, não só a preservação da vida humana, mas todas as formas de vida; porque todas

elas informam, condicionam e servem como condição de reprodução e evolução da forma de vida humana na Terra (OLIVEIRA, 2014, p. 121).

Neste sentido, Jonas (2013, p. 55-56), apesar de não ser antropocêntrico, ele reconhece a relevância da vida humana na Terra. Apenas, ele faz um raciocínio inverso, diferentemente daquele que normalmente é feito, de que o ser humano tem primazia sobre as demais formas de vida.

O filósofo alemão destaca que, exatamente porque a vida humana é relevante, temos que preservar todas as formas de vida, pois há uma íntima conexão entre as formas de vida no círculo vital, e esta conexão é que garante o equilíbrio e a sustentabilidade da vida em sociedades humanas nos moldes em que as conhecemos (JONAS, 2013, p. 55-56).

Motivo pelo qual reconhece-se uma dignidade própria da vida extra-humana (OLIVEIRA, 2014, p. 120). Sendo certo que, por vida humana, não há que se estabelecer apenas o coração pulsando; vida humana significa estar vivo com todas as suas implicações, notadamente em relação a uma vida digna, com todas as oportunidades de desenvolvimento mental, social e espiritual, correspondentes aos anseios da espécie humana. (Em raciocínio absolutamente semelhante à diferença ontológica entre mínimo vital e mínimo existencial, conforme será assentado adiante).

Neste ponto, entende-se, portanto, por vida (humana), a vida digna, exercida com liberdade, participação social e política e com acesso ao substrato material mínimo de bens para que esta liberdade e dignidade possam ser exercidas.

Há, portanto, uma identidade entre os parâmetros de conduta de proteção à vida delineada por Jonas e a primazia dos direitos fundamentais preconizada pelo constitucionalismo contemporâneo, onde há a primazia dos direitos fundamentais.

Neste sentido, merece relevo a citação de Otero (2010, p. 45), que um verdadeiro Estado defensor dos Direitos Humanos, é árduo defensor da cultura da vida, o que implica: “i) dever de garantir a vida humana; ii) dever de não atentar contra a vida humana; iii) o dever de proteger a vida humana; iv) o dever de promover a vida humana; v) dever de educar a favor da vida humana.”

1.6.2 Proteção do futuro

Jonas (2015, p. 92-93) prega que deve haver a proteção do futuro em uma linha de continuidade da proteção da vida; ou seja, deve ser preservada não apenas a vida atual, mas também a continuidade desta em relação ao futuro, como ainda a sua descendência

(denotando um verdadeiro dever ético para com a humanidade futura). Tudo porque, para preservação da vida, como esta não é infinita em cada ser vivo, é imprescindível que esta se reproduza (OLIVEIRA, 2014, p. 77-78).

E isto não só por uma questão altruísta do homem para o restante dos seres vivos. Já que, na perspectiva jonasiana, a vida humana e toda sua qualificação de inteligência e consciência é fruto de um longo processo evolutivo, onde a natureza com toda sua diversidade teve e tem papel relevante (OLIVEIRA, 2014, p. 76-80).

Deste modo, a continuidade da vida humana no futuro, o que já seria um imperativo ético importante, pois há um inarredável vínculo da pessoa, e sua dignidade, com a possibilidade de uma vida longa e plena de oportunidades, como também com a sua prole e descendência – o seu legado familiar no planeta. Ganha contornos de proteção de sobrevivência de todas as formas vitais, já que não sabemos como seria a vida humana, sendo subtraídas da Terra a vida de uma, cem, mil, milhões de outras espécies de seres vivos (JONAS, 2013, p. 55-56).

Assim, o imperativo ético de proteção do futuro preconizado por Jonas, alia-se a este dúplice aspecto, qual seja: a perspectiva de legitimidade e eficácia contínua das normas constitucionais; e a implementação progressiva e evolutiva dos Direitos Fundamentais.

Retomaremos este raciocínio mais adiante quando estabelecermos as linhas mestras para o reconhecimento de um direito fundamental ao futuro e do caráter sistêmico do princípio constitucional da sustentabilidade.

1.6.3 Responsabilidade

A temática da responsabilidade é muito expressiva na obra de Hans Jonas (2013, 2015). E, para o escopo do presente artigo, com vista a delinear a responsabilidade pelo futuro, é importante transcrever as metáforas descritas pelo autor, em termos de responsabilidade pelo cumprimento de seus fins - do martelo, do tribunal e do órgão digestivo.

Em linhas apertadas e simplificadas, temos que, para o martelo, a sua idoneidade para cumprimento do seu fim é responsabilidade do fabricante. O martelo em si, enquanto objeto inanimado, não é responsável pela sua aptidão para bater (JONAS, 2015, p. 109).

Por outro lado, se ele servirá como instrumento para construir um armário, ou destruir uma obra de arte, isto será fruto não de algo interno e vinculando intrinsecamente a ele martelo. Não, dependerá de uma subjetividade externa do agente portador do instrumento.

Diferente, explica Jonas (2015, p. 111-115), é o caso do tribunal, já que este não existe de per si, como objeto inanimado no mundo físico. Não, o tribunal é animado por vontades, vontades de pessoas – servidores, advogados, membros do ministério público e magistrados.

Deste modo, diferentemente do martelo, o tribunal tem parcela de responsabilidade por seus fracassos. Isto porque, mesmo que alguns problemas surjam em decorrência de influências externas: falta de recursos, ingerências, etc; o tribunal, por meio de seus membros tem capacidade de autodeterminação e capacidade de ultrapassar dificuldades e alcançar seus fins.

Da mesma maneira, de regra, o cumprimento ou não dos fins não depende de uma subjetividade externa, o vincular-se a um resultado de justiça (ou não) depende de uma subjetividade interna (JONAS, 2015, p. 111-115).

Diverso, ainda, é o caso do tubo digestivo, pois, se por um lado, a acuidade de sua eficiência é algo externo, e que depende da idade, da genética e do uso feito pelo detentor do corpo; por outro, o tubo digestivo funciona sob uma ótica própria, sob um fundamento da natureza, um querer, que o faz trabalhar do melhor modo possível, em prol da continuidade do processo da vida daquele corpo (JONAS, 2015, p. 129).

Estabelecidas as metáforas, Jonas denota que a vida, em todas as suas formas, inclusive a vida humana, tal qual o tubo digestivo, desenvolve um imperativo de continuidade. Daí, um querer inconsciente do homem, de proteção de que o valor protetor da vida tenha continuidade.

Porém, o agir humano, tal qual o Tribunal interfere nesta consciência coletiva de preservação da vida, e por meio de decisões individualizadas pode sufragar ou não este processo de continuidade vital. O imperativo ético é de que o faça, mas a subjetividade humana pode fazer de modo diverso (JONAS, 2015, p. 141).

Notadamente quanto ao uso do poder da técnica, que seria o martelo, que por si só não é bom ou mal – não se pode julgá-lo como bom ou ruim, se não sabemos o que será feito com ele – a saída é a precaução e a prevenção para que ele não seja utilizado para fins contrários ao desenvolvimento da humanidade.

Por isso, a Ética da Responsabilidade estipula que cada ser humano é responsável pela continuidade do processo da vida, garantindo às gerações futuras a possibilidade de usufruir da experiência vital de modo ao menos igual ao da geração que a antecedeu (JONAS, 2015, p. 165-167).

Sendo certo que este (o ser humano) o faz de modo inconsciente, obedecendo a um imperativo vital. Porém, merecendo relevo, que o uso de sua subjetividade, aliada ao poder da

técnica, pode ser efetivamente danosa em prejudicar a vida e sua continuidade futura – inclusive a própria existência humana no planeta.

Por isso, o imperativo ético de que esta subjetividade, inerente à capacidade individual e consciente de tomar decisões seja funcionalmente determinada no sentido de sempre a geração presente garantir o legado da experiência humana, nas condições que a conhecemos, à geração futura; seja por um dever ético de continuidade da humanidade, ou seja pelo dever ético de continuar o que foi feito até aqui: a continuidade da obra da existência (JONAS, 2015, p. 176-177).

E que esta responsabilidade é de ser atribuída a cada indivíduo, que dentro de sua esfera de atribuições, competências e possibilidades deve contribuir para o atingimento de tal mister.

Seja na sua esfera privada, o que está plenamente de acordo com o que há de mais moderno em relação à doutrina dos direitos fundamentais, no que pertine à sua dimensão objetiva, e à sua eficácia horizontal, onde se reconhece não ser apenas atribuição do Estado a garantia da concretização dos direitos fundamentais; mas que todos e cada um, inclusive em suas relações privadas, têm o dever de trabalhar, incentivar, garantir e proteger a concretização de tais direitos.

Seja na esfera pública, onde a subjetividade que reside na liberdade decisória tem que ser sempre movida em prol da consecução do interesse público, que na hipótese defendida na presente dissertação, corresponde à concretização do projeto constitucional e à efetivação dos direitos fundamentais no presente e com maior razão, no futuro.

1.6.4 Responsabilidade pela proteção da vida e do futuro

Se a velocidade das mudanças torna-se tremenda, e as éticas anteriores, que regiam os modos de vida vigentes até o momento, que tinham a ver com o aqui e o agora, já não são mais suficientes, pois as consequências das ações do presente são incertas (JONAS, 2015, p. 66); então, não é tempo mais de julgar, de avaliar se alguma ação é boa ou má. É tempo de prever, de planejar, pois, em se tratando de consequências incertas, um passo errado pode vir a ser uma real ameaça à humanidade.

Neste sentido, não cabe mais avaliar a pureza ou a bondade de propósito, já que o poder da técnica, mesmo usado com boas intenções, pode trazer consequências terríveis e imprevisíveis.

“Segundo Jonas, o mal está presente no risco da ação (mesmo naquela dirigida pelo bem) porque o longo prazo dos efeitos que acompanha hoje o grande poder da técnica faz com que as consequências perdurem forma incerta.” (OLIVEIRA, 2014, p. 127).

Ademais, segundo Jonas (2015, p. 215), descabe indagar o que o homem pode ou não fazer e o que ele deve ou não fazer; mas sim “o que ele já fez de fato, porque ele pode, e o dever decorre do agir: ele lhe será repartido em função do fato causal de seus atos.”

Neste ponto, supera-se o pensamento kantiano do “você pode, porque você deve. Hoje deveríamos dizer: você deveria, porque você age, e você age porque você pode, ou seja, seu poder exorbitante já está em ação” (JONAS, 2015, p. 215-216).

Para o filósofo, o planeta já está sob ameaça e o futuro já é duvidoso, neste ponto, antes de pensar no procedimento ideal, na virtude, temos que expurgar os efeitos causais que podem nos levar à ruína.

Tudo porque para pavimentar o caminho para a virtude, antes é necessário que haja um caminho e que este seja viável no futuro; daí a necessidade de primeiro garantir que haja futuro, retomando o rumo que nos leva a um futuro viável, para depois serem equacionadas quais outras virtudes e perspectivas de evolução social.

Deste modo, o caminho do futuro, e a responsabilidade que temos sobre este caminho será um contínuo prever e corrigir a partir de cada intervenção humana; pois cada intervenção humana modifica o cenário futuro e altera o que deve ser feito para um futuro auspicioso.

O que é extremamente relevante em termos de delinear, por exemplo, o papel do Estado e do Direito em termos de conformação da realidade social e da construção do futuro sustentável que todos almejamos.

Neste mister, defende Jonas, para ultrapassar o perigo da técnica e garantir a viabilidade da existência humana, uma verdadeira ética do receio – do temor. Uma ética que instigue a precaução/prevenção e o planejamento contínuo de modo que as gerações futuras não sejam prejudicadas. “Uma futurologia comparativa que traz para a ética a tarefa de projetar de uma forma a mais aproximada possível aquilo que aparece inicialmente como uma hipótese, a fim de que o prognóstico futuro sirva de estímulo ou de advertência para a ação do presente.” (OLIVEIRA, 2014, p. 128).

E se diz uma ética do receio², porque, no planejamento, e no espaço de tomada de decisão, deve-se guardar sempre a “possibilidade do equívoco, já que a previsão negativa se

² Importante ressaltar que o temor mencionado não trata de um sentimento de pânico ou impotência – o que poderia gerar paralisia, ou mesmo manipulação e quebra de direitos. Não, o receio funciona como fonte de

beneficiária do imprevisto favorável, ou seja, seria adequado que o pressagiado não se cumprisse” (OLIVEIRA, 2014, p. 129). Por isso, a preferência sempre pelo prognóstico negativo.

O que seria uma nova roupagem do valor prudência, agora transformada em cerne constante do agir moral. Uma prudência direcionada a evitar um mal maior, e vocacionada à necessidade de abrir mão de certas comodidades, em prol de um futuro melhor. Tudo “porque podemos viver muito bem sem o bem supremo, mas não em companhia do mal supremo.” (OLIVEIRA, 2014, p. 138).

Nestes termos, a capacidade de vislumbrar ou antecipar estes riscos seria, na visão de Jonas, a principal qualidade do hoje, para sobrevivência e garantia do mundo do amanhã (OLIVEIRA, 2014, p. 138).

Deve o homem saber, para resguardar o futuro, o que esperar, o que incentivar e o que evitar frente ao que se deve esperar (OLIVEIRA, 2014, p. 128). Neste sentido, urge uma ética baseada na responsabilidade, onde cada ação humana (sobretudo quando em uso o poder da técnica) tem que ser sopesada de modo a que não seja uma ameaça à vida humana autêntica na Terra (JONAS, 2015, p. 135).

Por isso, em face do perigo de um futuro distópico, urge que, no presente, sejam tomadas providências para que os direitos fundamentais sejam continuamente concretizados no presente e no porvir.

E, na advertência de Oliveira (2014, p. 123): “Ora, se a ética é a ciência do agir, então é como tal que ela deve enfrentar o novo cenário tecnológico moderno, para o qual, segundo Jonas, as éticas tradicionais não são mais suficientes.”

Então, se para Jonas (2013, 2015) é necessária uma nova ética para fazer frente aos desafios futuros, então uma nova concepção da inteligência dos direitos fundamentais exsurge para atender estes novos desafios.

E a consagração de um direito fundamental ao futuro atende a este chamado. Como ainda uma visão de interesse público efetivadora do projeto constitucional; e mais ainda, que as escolhas perpetradas pelos agentes estatais, sejam feitas de modo planejado, responsável e ancilar dos fins de interesse público.

1.7 DO RECONHECIMENTO JURÍDICO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO FUTURO

reflexão, que busca antecipar o que pode vir de mal, no futuro, em termos de consequência das ações do presente.

Antes de traçar o conteúdo daquilo que seria, em nossa visão, o direito fundamental ao futuro, cabe um refinamento do que seria o futuro, em termos do conteúdo de proteção do direito fundamental que se quer delinear.

Neste sentido, o futuro aqui tratado representa o porvir: os dias, meses, anos e séculos que virão; o tempo que corresponderá à parcela de vida a ser vivida pela geração atual até a sua morte, e que terá continuidade na vida da geração subsequente.

E este futuro representa exatamente não só o direito de usufruir esta expectativa de vida (usufruir da expectativa de sobrevivência); como no sentido de que esta expectativa de sobrevivência revista-se de todas as possibilidades e atributos de uma vida plena (e não mera sobrevivência) com total respeito à dignidade da pessoa humana.

Desta forma, e com base nesta definição, o direito fundamental ao futuro, objeto do presente trabalho, nada mais é do que uma visão prospectiva da concretização e eficácia dos direitos fundamentais ao longo dos tempos.

Defende-se, portanto, que o processo de reconhecimento dos direitos humanos tem de ser não só evolutivo e contínuo; ele também tem que ser sustentável; exatamente para que a flecha da eficácia dos direitos fundamentais permaneça continuamente operando, não só garantindo a efetividade de tais direitos a todos os indivíduos; mas que esta universalidade seja garantida ao longo do tempo, não só à geração atual, mas também à geração futura.

Deste modo, uma palavra de ordem do direito fundamental ao futuro, é a sustentabilidade, no sentido que o ordenamento jurídico e social seja capaz de manter as conquistas, o modo de vida, a vida digna tanto da geração atual, como das futuras gerações.

E a outra seria a de responsabilidade, de modo a representar um compromisso ético da geração presente, inclusive daqueles agentes delineadores da vontade estatal, em relação à garantia da dignidade humana das gerações futuras, no sentido de que as decisões destes agentes sejam anclares deste mister.

Nem que isto represente um sacrifício em termo de fruição de bens, de recursos naturais, de expressão de poder político, ou de continuidade de privilégios. Tudo porque “o sacrifício do futuro em prol do presente não é logicamente mais refutável que o sacrifício do presente a favor do futuro. A diferença está apenas em que, em um caso, a série segue adiante e, no outro, não.” (JONAS, 2015, p. 47).

Cabe então discutir se este direito ao futuro merece a qualificação de direito fundamental. Entendemos que sim.

Com efeito, os direitos fundamentais caracterizam-se por sua essencialidade, por sua vinculação ética e filosófica com a existência humana em toda sua potencialidade. Os direitos

fundamentais vinculam-se às garantias e direitos que cada indivíduo detém para que possa exercer o seu pleno desenvolvimento humano, com oportunidades de se integrar na sociedade, exercer sua liberdade, expressar seu pensamento, respeitar o próximo, e ser respeitado.

E evidentemente tais garantias e direitos não são estáticas e pontuais, como em uma fotografia. Estas garantias e direitos têm que ser exercidas de modo contínuo e duradouro, de forma a abraçar (com dignidade) toda a vida de cada indivíduo, até o chamado final da morte. Proteção que evidentemente se estende àqueles que nascem neste meio termo, fazendo com o que a proteção aos direitos fundamentais deva ser contínua e sem limite no tempo.

Pensar de outro modo significaria atentar, por exemplo, contra o direito à vida, já que, em não se sabendo ao certo a data da morte de cada indivíduo, não se pode precisar até que dia os seus direitos fundamentais têm que ser absolutamente respeitados. Ou contra o direito à família, pois o sentimento que nos une a nossos filhos, cônjuges, netos, e descendentes faz com que uma vida digna não seja só a vida individual, mas a vida digna do todo de pessoas com o qual o indivíduo se relaciona.

Neste ponto, vemos o direito fundamental ao futuro, como um corolário natural do direito à vida; vida esta que, segundo o ensinamento de Hans Jonas, tem um imperativo ético de manter-se, revelado “num constante dizer sim da vida para si mesma.” (OLIVEIRA, 2014, p. 143).

Neste sentido, a vida tem que ser respeitada: a vida da geração presente, a vida da geração futura, e a vida de todos os seres que garantem que este *modus vivendi* mantenha-se, evolua e perpetue-se no tempo. No presente e no porvir.

O que dá a este direito não só uma fundamentalidade material, já que nada mais representa do que uma extensão concretizadora e sistêmica do direito à vida, que está, por óbvio, incluída no bojo da compreensão da dignidade da pessoa humana. Mas também uma fundamentalidade formal, já que o direito à vida e todos os consentâneos englobados pela dignidade da pessoa humana estão abarcados pelo texto expresso da Lei Magna Federal.

Desta maneira, entendemos como evidente um direito fundamental ao futuro. Mas qual seria a importância prática de tal reconhecimento? Seria apenas um exercício acadêmico, ou especificação de um direito fundamental que já estaria albergado pelo conteúdo de outros direitos fundamentais? Entendemos que não.

Primeiro porque, como alerta Bobbio (2014, p.16), “o problema em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.”

Neste contexto, a percepção de que é preciso proteger a perspectiva futura dos direitos fundamentais deve ser difundida, especialmente porque é no presente que se desenha o futuro, e as ações de proteção das condições de vida humana, ou mesmo as ações de reforço e planejamento para o delineamento progressivo dos direitos fundamentais, têm que começar a partir de agora.

E, nesta medida, tendo em conta a eficácia horizontal e vertical dos direitos fundamentais, temos que a observância ao direito fundamental ao futuro (e o seu correlato conceito de sustentabilidade) passará a informar todo o ordenamento jurídico, aderindo à moldura constitucional e condicionando e fundamentando toda a aplicação do direito.

O que trará ao menos uma importantíssima consequência prática: o condicionamento da discricionariedade estatal, da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e da ponderação das diretrizes, objetivos e princípios da aplicação da legislação finalística, em função da sustentabilidade. O que representa, ao fim e ao cabo, o objetivo final da presente dissertação.

Neste sentido, o futuro passará a condicionar a ação presente; e os agentes delineadores da vontade estatal terão que incluir o porvir em sua agenda de preocupações. E mais do que isso, terão de acrescentar a excelência em seus modelos de atuação, já que se o futuro é tão desafiador em problemas, urge que a atuação estatal busque a cada dia mais a excelência na solução dos novos desafios. O governante, como diz Jonas, tem que agir com a mesma responsabilidade de um pai de família (JONAS, 2015, p. 175-186).

O que significa, em última análise, que os agentes públicos têm de agir de forma a que o interesse público seja alcançado; o real interesse público, e não um interesse egoístico travestido de interesse coletivo - mormente nos casos em que haja uma liberdade de agir que deve ser controlada em relação às escolhas realizadas.

Porém, para bem esclarecer como a atuação estatal e o interesse público são condicionados pela sustentabilidade; urge melhor definir o que seja esta sustentabilidade, o porquê de ela se apresentar como um princípio constitucional sistêmico, e como ela se relaciona com a perenidade da força normativa da constituição.

1.8 FORÇA NORMATIVA E SUSTENTABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Vimos acima uma série de riscos que a posteridade nos entrega. Neste ponto, eis que surge a inevitável questão: Qual o papel do Direito, diante dos riscos mencionados?

Por meio do Direito, o Estado organiza a sociedade de modo a garantir uma regulação necessária para o seu desenvolvimento e evolução. O que demanda paz social e proteção contra os riscos globais.

Neste sentido, podemos afirmar que está na estrutura e finalidade do Direito, que a ordem jurídica tenha que prever mecanismos de mitigação e proteção da sociedade contra os riscos globais mencionados. E que os operadores do Direito e do Estado devem agir proativamente na prevenção de tais riscos.

Sob pena, em uma situação limite (que ninguém quer ver acontecer), do falecimento da ordem social organizada, do Estado, e da ineficácia da ordem jurídica e da impossibilidade de garantir aos seus destinatários, os direitos fundamentais por ela assegurados. Ou seja, uma situação de insustentabilidade da ordem vigente.

Neste sentido, o ordenamento jurídico, tem que se organizar de modo a formar um arcabouço sustentável, cuja harmonia, aplicação e exegese tendam à estabilidade e evolução daquela ordem social. Sendo certo que quem tem que formatar a organização do sistema jurídico, espelhar os valores que devem obrigar as condutas humanas em relação intersubjetiva, e guiar os rumos não só de sustentação, mas de evolução de determinada sociedade é exatamente, como vimos acima, em ventos de constitucionalização do Direito: a constituição.

E o faz exatamente pelo condicionamento de todo o sistema jurídico, que ganha unidade e coerência exatamente a partir do marco constitucional, a partir da força normativa da constituição. Neste mister, a maneira de como a força normativa da constituição tem relação com a sustentabilidade da ordem jurídica é exatamente o tema do próximo tópico.

1.8.1 Força normativa da constituição e sua correlação com a sustentabilidade

É importante salientar que as constituições – e, por conseguinte os ordenamentos jurídicos - também não preveem concretizações pontuais de sua normatividade. Uma constituição normalmente visa a sua estabilidade e permanência. O que está de acordo com o mencionado anteriormente de que, em sede de direitos fundamentais, a flecha da sua concretização não se finca exclusivamente no presente, mas volta-se também para o futuro.

As constituições, conforme será melhor especificado adiante, são dotadas de força normativa, e têm, portanto, expectativa que a força normativa de seus comandos funcione de modo perene. Porém, para que isto aconteça, alguns pressupostos devem ser observados.

Neste sentido, vejamos a lição de Sarlet (2013, p. 196):

A força normativa da constituição (sua pretensão de eficácia e efetividade) é assegurada mediante os assim chamados pressupostos realizáveis, dentre os quais os mais importantes são os que dizem respeito ao conteúdo da constituição, no sentido de tentar corresponder à natureza singular do presente, à interpretação constitucional, que deve pretender dar realização ótima aos preceitos da constituição, e, como pressuposto fundamental, uma prática constitucional voltada à vontade da constituição, prática que deve ser partilhada por todos os partícipes da vida constitucional, especialmente pelos atores responsáveis da ordem jurídica.

Tudo porque a constituição condiciona a realidade social, e ao mesmo tempo depende da adesão dos membros desta mesma realidade para a sua efetivação. É o que explicou Konrad Hesse (1991, p. 19-23), em sua obra “a força normativa da constituição”, esmiuçando como a constituição tem por si só uma pretensão de eficácia, que quanto mais efetivamente praticada e realizada, mais o projeto constitucional tem possibilidade de sucesso.

Explique-se melhor. A Carta Magna funciona como centro irradiador do sistema jurídico. Ela funciona como um marco inicial, um recomeço da ordem jurídica, a partir da qual esta ordem obtém um novo fundamento de legitimidade para todas as normas.

Ou, como salientado anteriormente, ela funciona como origem e filtro de todo ordenamento, já que ela inicia e ao mesmo tempo condiciona todo o tecido jurídico em relação a seus princípios e normas, e à sua axiologia.

Porém, frise-se, este grau de importância de gênese de todo o ordenamento jurídico, não faria sentido se a constituição não tivesse um compromisso consigo mesma, com sua efetividade e continuidade.

Isto porque, do mesmo modo que para haver jurisdição constitucional, parte-se do pressuposto de uma constituição rígida; para a constituição ser parâmetro de referência de todo o ordenamento jurídico, urge que esta referência mantenha-se, ao menos em sua essência, intocada.

E a doutrina explica isto de várias formas, seja pela invocação do poder constituinte originário, que, como jato fundante da ordem jurídica, se expressa, em um período breve de tempo, e depois volta à latência, somente podendo ser modificado o seu produto – a constituição, nas hipóteses em que ela mesma constituição prevê. E não se justificaria que o poder máximo e supremo de uma sociedade – o poder constituinte – possa ser substituído por outro que não tenha a mesma origem e natureza criadora.

Seja pela existência de cláusulas pétreas (caso brasileiro), que seriam a garantia de permanência e imutabilidade daquilo que seria o núcleo essencial, a verdadeira face da

constituição (o núcleo intangível que, se modificado, mudaria a própria axiologia constitucional, e, por conseguinte, o fulcro de exegese de todo o ordenamento jurídico).

Seja pela existência de mecanismos de proteção da constituição, como os mecanismos de controle da preservação da força constitucional, como os controles de constitucionalidade e os próprios controles da ação estatal, para que este o Estado não desvirtue a força conformativa da constituição.

Seja pelo simples fato de que as constituições não são normas de vigência limitada; e como detêm força normativa, elas têm uma expectativa de eficácia; sendo certo que esta eficácia é fruto de um círculo virtuoso, ou seja, ela exsurge não só da formalização de uma constituição enquanto norma ápice de um sistema jurídico; mas também da legitimidade que este documento adquire, de acordo com os anseios e projetos de vida boa almejados pela sociedade que ela regula.

Expliquemos melhor este argumento. E, para tanto, teremos que recorrer a Lassale (2015) e sua constituição em sentido sociológico; e a Hesse (1991) que, como já adiantamos, reconhece a força normativa da constituição.

Lassale (2015, p. 39) advertia que a verdadeira constituição seria a soma dos fatores reais de poder que dirigem uma sociedade: poder econômico, poder político, poder militar, entre outros. Que a constituição jurídica seria apenas um pedaço de papel, e que as relações sociais seriam reguladas a partir de uma determinada conformação dada por estes poderes.

Para Lassale (2015, p. 39), qualquer contraponto entre a constituição real (fatores de poder) e a constituição jurídica, seria resolvido em favor da primeira; pois o pedaço de papel sucumbiria diante dos fatores reais de poder dominantes no país.

Também em relação ao tema, pronunciou-se Konrad Hesse (1991), respondendo a Lassale (2015), e argumentando que, realmente, “tanto na praxis política cotidiana quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática.” (HESSE, 1991, p. 10).

Mas, em contraponto a Lassale, Hesse (1991, p. 24) estipulou que a constituição não seria aquele mero pedaço de papel, com serventia apenas simbólica. Hesse (1991) dizia que a constituição, enquanto norma jurídica tem, neste plano (no plano jurídico), uma pretensão de eficácia. E que esta pretensão de eficácia seria tão mais efetivada no mundo dos fatos, quanto esta mesma constituição estivesse conectada à realidade histórica e à sua percepção de legitimidade (e vontade de obediência por parte do corpo social).

Disse Hesse (1991, p. 14):

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconectadas.”

A constituição assim não “seria apenas um expressão de um ser, mas também um dever ser” (HESSE, 1991, p. 15), pois além de espelhar determinadas concepções fáticas, a constituição procura atribuir ordem ao todo social. Neste contexto, a constituição, enquanto ser, poderia ser determinada pela ordem social; mas enquanto dever ser, ela é determinante desta mesma ordem (HESSE, 1991, p. 15).

E, neste ponto, finaliza Hesse (1991, p. 15): “A força condicionante da realidade e a normatividade da constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.”

Neste sentido, a constituição, enquanto norma jurídica, procura sua eficácia, sua possibilidade de conformação da realidade social; e, encontra, por certo, obstáculos a essa conformação. Desta forma, será na superação destes obstáculos que a Lei Maior conseguirá sua plena força normativa.

Feito este raciocínio, é certo que, à luz de Hesse (1991, p. 19-21), terá tanto mais respaldo social e força normativa, aquela constituição que obtiver maior capilaridade e profundidade em termos de aquiescência social; ou, melhor dizendo, quanto mais a sociedade e quanto mais indivíduos comungarem desta vontade de constituição.

Para tanto, “há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.” (HESSE, 1991, p. 15).

Mas sem perder sua perspectiva transformadora, pois dizia sim Hesse que era relevante que a constituição espelhasse da melhor forma possível, as equações de poder vigentes no seio social; porém, que esta não apenas espelharia, mas teria o condão também de modificar estas equações de poder (HESSE, 1991, p. 24).

E que seria exatamente da síntese entre o conteúdo da constituição (e sua vontade conformativa, mas também transformadora) e a legitimidade deste conteúdo enquanto expectativas fáticas dos componentes da sociedade, que redundaria o sucesso (ou o fracasso) do projeto constitucional.

Feito este registro para explicar a necessidade de uma constituição de se afirmar e de se legitimar em relação ao seio social; cabe realçar, portanto, nosso ponto-de-vista de necessidade de sustentabilidade do projeto constitucional. (HESSE, 1991, p. 23).

Ora, em função de tudo o que foi apresentado, temos como assente que a constituição tem um compromisso consigo mesma (com sua vigência e com sua força normativa, tendo mecanismos interpretativos e de jurisdição constitucional e de controle para sua defesa); e se a mesma é de ser interpretada como filtro e lente de todo o ordenamento jurídico; todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado em função do sucesso deste projeto constitucional.

Por isso, estipula Hesse (1991, p. 19) que a Lei Maior tem que despertar as forças sociais em seu favor, para que na luta de forças entre interesses antagonistas e interesses em prol do projeto constitucional, prevaleça o desenho plasmado pelo poder constituinte originário.

Fato que é corroborado por Habermas (1997, p. 54), no sentido de que a integração social trazida pelo Direito, somente se aperfeiçoa com plenitude, na medida da aceitação social de sua faticidade.

Deste modo, para a constituição legitimar-se e ter pretensão normativa tem que cumprir os anseios da sociedade, sendo que, por outro lado, será esta legitimação, esta vontade de constituição (que deve ser espelhada pelos intérpretes), que garantirá a sua força normativa.

Sendo certo que, se é por meio da hermenêutica que se dá a compreensão do ordenamento jurídico, e se desta compreensão que se dá a aplicação do direito; serão, em última análise, as escolhas hermenêuticas (e a própria aplicação do Direito) que estabelecerão as interpretações que favoreçam ou prejudiquem o projeto constitucional.

Deste modo, há uma circularidade virtuosa entre a hermenêutica que favorece a força normativa da constituição e a concretização do projeto constitucional no mundo dos fatos; ou seja, quanto mais se acredita na constituição, mais esta será apta a realizar seus comandos no mundo real. Ou seja, tanto mais sustentável ela será e terá condições de promover as transformações sociais de modo perene e sustentável no futuro.

O que está de acordo, com o pensamento de Habermas (2002) acerca de uma sociedade aberta de intérpretes, que veremos a seguir.

1.8.2 Sociedade aberta de intérpretes e sustentabilidade

Se com Hesse (1991) resta claro que a sustentabilidade da força normativa da constituição pressupõe uma ação legitimadora da sociedade, apoiando e ratificando o projeto constitucional, como o norte devido para as relações sociais daquela determinada comunidade; temos que, com Haberle (2002), isto se torna ainda mais claro. Vejamos o porquê.

Com efeito, defende Haberle (2002) o que ele denomina uma sociedade aberta de intérpretes da constituição, onde o papel de exegese da Lei Maior se espalharia por todos aqueles atores que manejam e são destinatários do arcabouço normativo constitucional.

Consoante Haberle (2002, p. 12-18) não só a corte constitucional, ou o tribunal judiciário que lhe faça as vezes, ou apenas o poder judiciário são intérpretes da constituição. Estipula o autor que a exegese constitucional é passível de ser feita por todos aqueles que intervêm em processos onde é discutida a compreensão da norma constitucional, como as partes, o Ministério Público, os advogados, os administradores, entre outros possíveis atores.

Justifica Haberle (2002, p. 36-40), que isto decorre do caráter democrático de uma constituição, onde o delineamento dos rumos do projeto constitucional, que, por evidente, decorre da compreensão do arcabouço normativo da Lei Maior, tem que ter um rol mais dilargado de participação social (um círculo aberto de atores); todos podendo contribuir para a definição dos rumos daquela sociedade, a partir da definição do comando normativo (e do projeto ordenado) da constituição.

Neste sentido, o debate constitucional que apenas discute os objetivos do projeto constitucional e os meios processuais (e remédios aptos) para esta discussão, estaria incompleto, pois restaria ausente exatamente o componente humano.

Quem pode discutir a legitimidade de uma determinada interpretação constitucional? Esta é a pergunta que Haberle (2002) procura responder.

Neste ponto, facilmente se percebe que há uma congruência entre o pensamento de Hesse (1991) e o de Haberle (2002) no que pertine ao presente estudo. Isto porque a prefalada legitimidade do projeto constitucional, das forças inspiradoras que dele emanam, ou a difusão de uma vontade de constituição dependerão exatamente que esta legitimidade/inspiração/difusão sejam abraçadas pelos múltiplos intérpretes da Lei Maior.

Intérpretes estes cuja compreensão trará consequência prática à força normativa da constituição e ao projeto constitucional.

Neste ponto, merece relevo aclarar se não estar-se-ia, assim, dissolvendo a competência judiciária ou da corte constitucional em interpretar a constituição. Explica Haberle (2002, p. 29-33) que o fato de se aumentar o número de intérpretes não exclui a

possibilidade de o poder judiciário dirimir conflitos e dar a última palavra sobre a correta compreensão do projeto constitucional.

Apenas o que não se pode pretender, é que o judiciário seja o único interlocutor do processo dialético de exegese do texto constitucional. Ou seja, se o judiciário pode falar por último, ela fala em nome da própria constituição e da própria sociedade, que em última análise, é de onde emana a força normativa do projeto constitucional.

Deste modo, as conclusões do judiciário (ou da corte constitucional, onde ela existe) terão que ser exaradas à luz da participação deste círculo mais dilargado de intérpretes que representam também anseios sociais.

O que tem para Haberle (2002, p. 42-43), uma função mais do que relevante, pois esta contribuição dará um sentido de realidade à exegese constitucional, já que a contribuição advirá exatamente daqueles que vivem a realidade social de modo pleno (e daí porque a sua contribuição não pode ser desprezada).

Tudo, não para que se concorde inteiramente com cada um dos intérpretes; mas para que, com viés dialético, e à luz de cada contribuição, possa o judiciário (ou a corte constitucional) estabelecer o correto rumo do projeto normativo da constituição.

Rumo que, conforme defendemos, deve ser superior a qualquer interesse egoístico (e daí porque a interpretação última trazida pelo poder judiciário ou pela corte constitucional deve ser capaz de sintetizar, enxergar e filtrar todos os eventuais interesses egoísticos envolvidos, de modo que a efetivação da força normativa e do projeto constitucional possa ser sempre sustentável no futuro).

Até porque, os intérpretes do Direito têm a missão de deslindar o verdadeiro projeto constitucional, e participar dos processos de decisões jurídicas que viabilizam tal projeto. O que denota a necessidade de que sejam tomadas sempre as melhores decisões, em termos de decisões executivas, legislativas, judiciárias ou de controle; decisões cuja excelência é aferida exatamente na medida do incentivo ao projeto constitucional.

Isto é especialmente relevante em termos de desenho e controle de políticas públicas, pois nem sempre aquilo que é desejado por todos (como, por exemplo, menor tributação) está em acordo com o projeto de evolução social daquela comunidade.

Dáí o alerta de Sunstein (2001b, p. 33-34) para que as decisões em termos de políticas públicas sejam tomadas a partir de um paradigma técnico; sem prejuízo de que este paradigma técnico seja objeto de explicação (e convencimento em relação ao seio social).

O que se revela como um viés hermenêutico imprescindível para a correta compreensão do projeto constitucional, em relação à sociedade a qual este se refere. Até

porque a atividade exegética precisa também de adesão social e legitimidade para que seja bem sucedida.

Tudo para que o projeto constitucional possa ser realmente implementado (e de forma sustentável), inclusive para que a constituição não se resuma a uma perspectiva simbólica. Por isso, no sentido aqui defendido, vale o alerta de Neves (2011, p. 91): “a concretização constitucional abrange, contudo, tanto os participantes do procedimento de interpretação-aplicação da Constituição, quanto o público.”

Mais adiante, em sede de discricionariedade e de legitimidade de escolhas legislativas e administrativas, e de uma Hermenêutica jurídica sustentável, retomaremos o presente assunto.

1.9 O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Vimos acima como a força normativa da constituição condiciona todo o ordenamento jurídico, e como este ordenamento jurídico é sustentado pela força motriz da constituição.

Do mesmo modo, vimos que a realidade social influencia na eficácia do projeto constitucional e do correlato ordenamento jurídico, sendo a constituição tão mais eficaz, e sustentável, quanto os atores sociais e a sociedade aberta de intérpretes acreditem neste mesmo projeto constitucional.

Vejamos a partir de agora como funciona este princípio da sustentabilidade do projeto constitucional brasileiro.

Com efeito, na doutrina pátria, normalmente, quando se fala em sustentabilidade, esta é correlacionado imediatamente ao art. 225 da Lei Magna Federal, que comanda o direito difuso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Porém, como tem sido defendido ao longo do texto, esta é apenas uma face, um dos pilares da sustentabilidade: o pilar da necessidade da proteção ambiental, de regulação das atividades humanas, no sentido de prevenir e corrigir os atentados ao meio-ambiente, à fauna e à flora (pois sem substrato ambiental, será impossível o desenvolvimento e o futuro da espécie humana).

Porém, como visto, a sustentabilidade é muito mais ampla, tem muitos outros pilares; ou, no dizer de FREITAS (2012, p. 55-58), muitas outras dimensões, que condicionam e informam o ordenamento jurídico como um todo, notadamente quanto ao agir estatal (daí o seu caráter sistêmico); e que, de forma sinérgica, densificam o projeto constitucional.

Realmente, a sustentabilidade, segundo Freitas (2012, p. 58-60), tem uma dimensão social, no sentido de uma visão humanista de Estado, e de eleição da dignidade humana como princípio fundamental.

Tem uma dimensão ética, na medida em que os seres humanos comungam de uma preocupação racional de deixar um legado positivo sobre a Terra. “Uma atitude [...] que consiste em agir de modo tal que possa ser universalizada a produção do bem-estar duradouro, no íntimo e na interação com a natureza.” (FREITAS, 2012, p. 61). Tema que já foi discutido acima, quando falamos da Ética de Hans Jonas (2013, 2015).

Uma dimensão econômica, vinculada a uma ponderação, em todos os empreendimentos públicos e privados, dos ganhos e malefícios decorrentes da atividade, e aferidos em uma visão de longo prazo das consequências que a modificação no mundo fático trará consigo no futuro (FREITAS, 2012, p. 65-67).

E, finalmente, é denotada uma dimensão político-jurídica:

que ecoa o sentido de que a sustentabilidade determina, com eficácia direta e imediata, independentemente de regulamentação, a tutela jurídica do direito ao futuro e, assim, apresenta-se como dever constitucional de proteger a liberdade de cada cidadão (titular de cidadania ambiental ou ecológica), nesse status, no processo de estipulação intersubjetiva do conteúdo intertemporal das gerações presentes e futuras, sempre que viável diretamente. (FREITAS, 2012, p. 67).

Ou seja, defende Freitas (2012), que a sustentabilidade, com base nas dimensões mencionadas, que devem ser entrelaçadas, pois intimamente correlacionadas, acaba por revelar um princípio constitucional sistêmico, conformador e condicionador de todo o Direito. Um princípio constitucional síntese buscando “a universalização concreta e eficaz do respeito às condições multidimensionais da vida de qualidade, com o pronunciado resguardo do direito ao futuro.” (FREITAS, 2012, p. 73).

No caso, em nossa visão, defendemos que o princípio da sustentabilidade é um princípio reitor do direito a um futuro promissor e de qualidade a todos os indivíduos.

E mais, é um princípio protetor da ordem social contra os riscos ambientais, de escassez e sociais adredemente mencionados, sindicando e proibindo condutas que ponham em risco, no presente e no futuro, a capacidade de o Estado (por meio de todos os seus entes) promover (diretamente ou por meio de incentivos e regulação), evolutivamente, condições multidimensionais de vida de qualidade a sua população.

E ainda, um princípio protetor do próprio projeto constitucional, no sentido de proteger a Lei Maior contra a ação irracional de maus gestores, ou a colonização do Estado por interesses egoísticos.

Do que decorre, adotando-se a premissa acima esposada de constitucionalização do Direito, reconhecendo-se a constituição como peça central e protagonista do ordenamento jurídico - qualificativo ao qual acrescentamos a metáfora de coração, de onde pulsa o fundamento de validade de todo o sistema, e, ao mesmo tempo, de sistema imunológico, onde reside também a defesa do mesmo sistema -, tem-se que a sustentabilidade, como princípio constitucional, conforma e condiciona todos os ramos do Direito. Notadamente os ramos do Direito Público responsáveis pelo controle dos atos dos agentes públicos.

Ou seja, a sustentabilidade servirá de baliza interpretativa de todas as normas jurídicas, impondo, deste modo, limites (e obrigações) ao legislador, ao administrador e ao julgador – ou seja, aos operadores do Direito.

Tudo porque, em se tratando de um princípio, ele é um mandado de otimização, e, desta forma, deve ser efetivado na máxima proporção possível dentre as possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2011, p. 90-91).

Neste ponto, tal princípio terá que ser sopesado à luz de outros princípios, e condicionar a interpretação das regras e conformar as ações estatais, na maior proporção possível em cada caso concreto, de modo que todas as normas e atos administrativos terão que ser vistos e avaliados sob uma perspectiva ampla de suas consequências a longo prazo; levando em conta a possibilidade de sua reprodução contínua, os incentivos que deles decorrem, e as consequências das ações decorrentes destes incentivos, em relação ao futuro e ao projeto constitucional.

Ou, dizendo em outras palavras, e correlacionando ao tema ora proposto, a população brasileira (já que neste tópico estamos falando do ordenamento pátrio) tem direito fundamental a um futuro promissor, com cumprimento das promessas constitucionais e estabilidade no cumprimento destas promessas no futuro. Deste modo, todo o agir estatal, em face do caráter sistêmico do princípio em tela, será afetado; e a liberdade decisória terá que ser compreendida e aplicada levando em consideração este parâmetro, em busca do desejado interesse público.

Veremos no próximo tópico que tal baliza não vem sendo observada na operação do Direito no Brasil. Vertem exemplos de situações que colocam em perigo a concretização consistente e futura de direitos fundamentais.

1.10 DA NECESSIDADE DA SUSTENTABILIDADE COMO BALIZA

O ordenamento jurídico forma um sistema, racional e harmonizado a partir do seu fundamento de validade que é a constituição. E, também como visto acima, é certo que os direitos fundamentais formam um dos núcleos relevantes da constituição, representando, inclusive, no caso brasileiro, cláusulas pétreas, ou seja, normas constitucionais insuscetíveis de revogação ou supressão de seu núcleo essencial.

Deste modo, com a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, temos que toda a atuação legislativa e administrativa será condicionada por tais normas. Sendo que, por certo, também o imperativo constitucional de garantia do direito fundamental ao futuro servirá de moldura/limite para o reconhecimento da liberdade decisória. E uma vez ultrapassado este limite, a atuação do administrador/legislador será maculada pelo vício da insustentabilidade.

Na linha do já sustentado por Jonas (2015), o administrador/legislador tem a responsabilidade de ser o guardião do futuro e agir com a responsabilidade de um bom pai de família.

Tem que o agente estatal atuar de modo altruísta sempre direcionado ao bem estar coletivo presente e com sua repercussão no futuro. Ou, como foi aduzido anteriormente, atuar da melhor maneira possível, com a mesma excelência e melhores preocupações como um pai age em relação a seu filho.

O que implica, inclusive, em uma obrigação unilateral, um imperativo não recíproco, como bem destaca Russ (2011, p. 101):

Encarrego-me da humanidade futura que, evidentemente não fará nada a meu favor. Esta não reciprocidade do imperativo de Jonas constitui um elemento característico, posto que minha obrigação não é absolutamente a imagem inversa do dever do outro. O único exemplo que, na moral tradicional, pode nos recordar esta não reciprocidade, seria a obrigação quanto aos filhos engendrados: eu lhes devo tudo, sem esperar nada deles.

É uma responsabilidade inerente e natural e que decorre simplesmente do fato de o Estado (democrático) ser voltado ao atendimento das necessidades coletivas. Responsabilidade esta nem sempre atendida, já que a busca de manutenção de posições de poder muitas vezes faz com que o sentimento egoísta ultrapasse o imperativo de busca do atendimento da necessidade coletiva.

Deste modo, se sabemos, conforme o alerta de Bobbio (2012, p. 15), que uma implantação ideal dos direitos fundamentais não depende exclusivamente da boa-vontade do governante de plantão; mas de todo um processo de construção e transformação social que envolvem transformações paulatinas e sistêmicas.

O que demanda um agir contínuo e consistente em relação a este objetivo. Continuidade e consistência que chamaremos neste trabalho de sustentabilidade.

De outra parte, vemos que esta preocupação contínua nem sempre acontece, nem sempre é sinérgica, nem sempre é proativa. “O problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios” (BOBBIO, 2012, p. 16). E muitas vezes os gestores (grandes intérpretes do ordenamento jurídico) não se atentam nem para um problema, nem para outro.

Explicitaremos melhor esta linha de argumentação por meio de exemplos. Imaginemos o caso de um administrador que não investe em ações de saúde preventivas, para atendimento da população, preferindo a utilização de ações curativas (para atender algum interesse econômico da indústria dos remédios, por exemplo). Entendemos que esta opção fere a sustentabilidade e o direito fundamental ao futuro.

Isto porque não se investindo em prevenção estar-se-á colocando em risco tanto a capacidade financeira do ente público (que no futuro talvez não seja capaz de arcar com as ações curativas, notadamente mais caras do que as ações de prevenção), como ainda a própria sobrevivência e longevidade da população, já que a falta de prevenção pode gerar enfermidades graves que, em casos extremos, pode levar a óbito indivíduos que poderiam (via prevenção) não ser expostos ao risco da moléstia.

Sendo certo, outrossim, que a Lei Magna Federal prescreve, no seu artigo 198, II, prioridade para as ações de saúde preventiva³ (BARCELLOS, 2008a, p.313). Ou de outra maneira, não priorizar os investimentos em educação, o que sem sombra de dúvidas prejudica o futuro e o projeto constitucional. Neste sentido, Freitas (2012, p. 66):

A par de tudo isso, numa abordagem econômica sustentável, o investimento educacional robusto (com bons gastos em vez de mais gastos), amplia a renda, numa equação custo-benefício que pende para externalidades altamente positivas, tornando-se prioridade das prioridades. Seguramente, como o abandono da pobreza liberta para alçar vôos maiores, nada mais sustentável do que investir naquilo que promove a emancipação econômica.

Outra situação seria o caso do gestor que simplesmente resolveu não mais repor a necessidade de agentes públicos, como, por exemplo, juízes (com vista a gerar inércia do

³ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...]

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; [...].

Judiciário, possibilitando que o Estado não seja demandado a cumprir determinados direitos fundamentais).

Evidentemente, com o passar dos anos, o número de magistrados diminuirá em função das aposentadorias, e a prestação jurisdicional será prejudicada. E com a prestação jurisdicional deficiente poderá haver um colapso da ordem jurídico-social, já que o Poder Judiciário é fator de estabilidade da sociedade na composição/prevenção de litígios. Ou seja, surgiria uma insustentabilidade.

Outra situação insustentável seria adotar uma política de reajuste de benefícios sociais em valores reais e crescentes ao longo do tempo (com a intenção de ganhar dividendos eleitorais), de modo a igualar ganhos que poderiam advir do trabalho altamente qualificado.

Tal conduta seria insustentável tanto sob o prisma financeiro, pois certamente não haveria orçamento suficiente a fazer frente a tal demanda; como sob o prisma social, já que muitas pessoas seriam desestimuladas a buscar o aperfeiçoamento profissional, pois poderiam perceber valores semelhantes sem a demanda de esforço (veremos com mais detalhes adiante este argumento ao tratarmos de mínimo existencial).

Frise-se, neste ponto, que se pode fazer um paralelo entre supostas benesses sociais e o pensamento de Hans Jonas (2013, 2015) em relação aos benefícios trazidos pela técnica (com consequências incertas). Isso porque, como visto, decisões, muitas vezes aplaudidas, desejadas, bem intencionadas, e até com finalidades nobres podem, no futuro, causar gravames. Por isso, a expressa necessidade (lembremos da heurística do receio ou do temor mencionadas anteriormente) da reflexão, do planejamento, da capacidade de antecipação dos resultados futuros, para que ações, supostamente bem intencionadas, não tenham resultados desastrosos.

Deste modo, toda e qualquer decisão administrativa e/ou política que colocar em risco o futuro, ou melhor dizendo, a concretização presente e futura dos direitos fundamentais, deve ser entendida como insustentável, e nesta medida inconstitucional, e, por conseguinte, contrária ao ordenamento jurídico.

Outro exemplo didático é o da Previdência Social brasileira, onde sucessivas diferenças entre arrecadação de contribuições e pagamento de benefícios, e o manejo incorreto no passado do regime de capitalização fazem com que cada vez maiores parcelas dos orçamentos públicos sejam direcionadas aos regimes previdenciários, sufocando investimentos em outras áreas de atuação estatal de concretização do projeto constitucional.

Pior, pode haver colapso do sistema, com o agravante de que medidas reformadoras e/ou saneadoras tomadas hoje, não têm efeito imediato nos benefícios em andamento. Por

isso, a necessidade de uma reforma da previdência (COELHO NETO, 2012, p. 301). Reforma que ainda não foi implementada.

Merece destaque também, à guisa de exemplificação, o tratamento jurídico dado, pelas escolhas legislativas e administrativas, aos Municípios brasileiros.

Como bem expõe Jacintho (2011, p. 106), os Municípios são o espaço de concretização dos direitos fundamentais, pois “na nossa estrutura federativa, as competências materiais aptas à realização das políticas públicas voltadas à efetivação do direito ao desenvolvimento, devem ser capitaneadas pelos Municípios.” (JACINTHO, 2011, p. 106).

Por outro lado, ressalta a autora que,

em que pese ser o Município o locus preferencial por meio do qual as ações governamentais e políticas públicas de cunho essencialmente social serão engendradas, é certo que a repartição de competências tributárias não o favoreceu, concentrando-se a melhor parte da receita daí resultante, na União e no Estado-membro. (JACINTHO, 2011. p. 107).

Situação agravada pela chamada desoneração tributária, utilizada repetidamente ao longo dos últimos anos, com a União restringido a incidência de diversos tributos, porém, em sua maioria, aqueles que são repartidos com os municípios, como o imposto de renda e o imposto sobre produtos industrializados.

Do que decorre uma intensa dependência do município em relação ao estado-membro e à União, pois a maioria dos investimentos somente pode ser efetivada por meio de transferências voluntárias. E por voluntárias, estão sujeitas a diversas condicionantes, como a certidão negativa de débitos dos tributos devidos ao ente repassador; como ainda ao jogo político-partidário, explicitado em negociações em troca de apoios, de nomeações por interesses eleitorais, entre outras práticas inidôneas.

O que, alfim, gera uma situação fiscal insustentável, na maioria dos municípios, que vêm, mês a mês, o decréscimo de suas receitas, a ponto de, segundo dados da Federação das Indústrias do Rio de Janeiro - FIRJAN (2015, p. 12), apenas 0,3% dos Municípios brasileiros terem situação fiscal de excelência, e outros 15,4% terem situação fiscal boa. E assustadores 84,2% dos Municípios brasileiros terem situação fiscal difícil ou crítica; tornando-os incapazes de exercer, em favor dos seus munícipes, todas as suas competências constitucionais.

O que gera um quadro de ineficácia constitucional e insustentabilidade. Neste sentido, como delineado, mais das vezes, os agentes públicos representativos da vontade do Estado não tomam as melhores decisões, tendo em vista perspectivas imediatistas ou de interesse pessoal ou de um grupo.

Decisões que devem ser controladas pelos órgãos competentes e pela sociedade. E a sustentabilidade é uma baliza relevante para o controle e correção de tais decisões pelo próprio Sistema Jurídico, que deve ser propulsor de uma sinergia social virtuosa, e não reprodutor de uma realidade enganosa e compromissada com a própria ineficácia.

Restam, portanto, o direito fundamental ao futuro, e sua medida principiológica, a sustentabilidade como critérios reitores e controladores da liberdade do agir do Estado. E ambos garantidores de uma ética do futuro que assim “parte da premissa de que o dever ser do futuro é construído num dever do presente, e é no agora que se constroem as possibilidades de que no futuro haja uma humanidade autêntica.” (OLIVEIRA, 2014, p. 147). Tudo a condicionar o interesse público, que deve ser o alvo específico das ações estatais. Tema do próximo capítulo.

2 INTERESSE PÚBLICO

É um norte comum no âmbito do Direito Administrativo especificar que a finalidade última de um Estado Democrático de Direito é a assunção do interesse público.

Por outro lado, merece relevo especificar que interesse público seria este, o seu alcance e finalidade, o seu destinatário. Esclarecer se este interesse público seria a soma dos interesses individuais de cada membro da Sociedade; ou se seria o interesse do Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações; ou o interesse dos agentes públicos competentes para externar a vontade estatal.

Ou ainda, se seria um interesse difuso e inespecificado, que buscaria parâmetros nos valores constitucionais e também na Filosofia, para um delineamento mais efetivo e concreto.

Realmente, responder o que é e o que representa o interesse público, talvez seja senão a maior, mas ao menos uma das maiores questões a serem respondidas pelo Direito Público.

Nestes termos, serão efetivadas a partir de agora algumas reflexões que levarão a um entendimento melhor do que seja este interesse público que está sendo buscado.

2.1 DISTINÇÃO ENTRE INTERESSE E DIREITO SUBJETIVO

Na seara de Justen Filho (2014), é relevante estabelecer a diferença entre interesse e direito subjetivo. Explica o autor que existe direito subjetivo “quando o ordenamento jurídico atribui a um ou mais sujeitos a possibilidade de exigir uma conduta específica (consistente

num fazer ou numa abstenção) relativamente a um ou mais sujeitos.” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 153).

Nesta senda, configura-se direito subjetivo, quando o direito objetivo – a norma jurídica, atribui a outrem o dever de adimplir o que o titular do direito subjetivo está a exigir.

Diferentemente do interesse que “consiste numa posição produzida pela ordem jurídica, mas que não envolve a atribuição do dever de algum sujeito realizar uma prestação específica em benefício de outro sujeito determinado.” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 153).

O interesse traduz uma conveniência para o titular, que apenas seria adequada, ou mero reflexo da disciplina normativa (JUSTEN FILHO, 2014, p.153). Ou seja, algo que pode vir a ser atribuído pelo plexo de decisões emanado pelos agentes detentores de poder de transformação social; mas que ainda não é devido, enquanto direito subjetivo, ao titular do interesse.

Deste modo, conclui Justen Filho (2014, p. 153-154), o direito subjetivo prevalece sobre o mero interesse, o que serve, por exemplo, para explicar, porque o mero interesse público não pode olvidar e simplesmente desconhecer os direitos subjetivos dos indivíduos.

Porém, a qualificação de uma pretensão como direito subjetivo dependerá de uma análise de compatibilidade desta pretensão, com o plexo de desenvolvimento e sustentabilidade dos direitos fundamentais naquela coletividade.

Ou seja, o real direito subjetivo exsurge na sua sintonia com o interesse público. Do mesmo modo, que o regular exercício do poder discricionário depende, como veremos adiante, para sua regularidade, de uma perfeita sintonia com o projeto constitucional.

2.2 INTERESSE PÚBLICO COMO UM CONCEITO DINÂMICO E EVOLUTIVO

Não podemos ter a ilusão de que a percepção do que seja interesse público mantenha-se constante no tempo. Não. Como veremos adiante, a Filosofia e o Direito vêm ao longo do tempo sensibilizando-se cada vez mais no sentido da primazia dos direitos fundamentais e na construção de uma sociedade/Estado reverentes a este valor.

Deste modo, a busca do interesse público tem se qualificado ao longo do tempo, e se refinado exatamente em prol da sintonia com a concretização dos direitos fundamentais.

Neste sentido, Munoz (2012, p. 142), primeiro estabelecendo, como deve haver uma adequação evolutiva do interesse público, por ele denominado interesse geral:

O que está mudando é, insisto, o papel do interesse geral que, com supedâneo nos postulados do pensamento aberto, plural, dinâmico e complementar, aconselha o trabalho, já iniciado há alguns anos entre nós, de adequar nossas instituições à realidade constitucional. Tarefa que se deve empreender sem preconceitos e sem nostálgicas tentativas de conservar radicalmente conceitos e categorias que hoje não se encaixam nos parâmetros constitucionais.

‘ Depois, que esta evolução deve ser direcionada à concretização (cada vez mais ampla e efetiva em nossa dicção) dos direitos fundamentais:

Neste sentido, sempre me pareceu clarividente e pioneiro um trabalho do Professor García de Enterría de 1981 sobre a significação das liberdades públicas no Direito Administrativo, no qual afirmava que o interesse geral encontra-se precisamente na promoção dos direitos fundamentais (MUNOZ, 2012, p. 145).

Deste modo, mesmo a fixação de um norte: a concretização de direitos fundamentais pode não ser suficiente em termos de interesse público. Tudo porque o processo de concretização de tais direitos pode ser modificado, ou mesmo ameaçado com o passar dos anos, o que denota a importância de uma reflexão ética constante acerca dos melhores caminhos para que o interesse geral seja alcançado.

Por isso, não basta ter a fixação da meta; é importante também o desenho do caminho; até porque, como vimos este caminho pode sofrer óbices, que demandarão redesenho de rota. Daí a importância da sustentabilidade no desenho do melhor caminho que leva ao sucesso do projeto constitucional.

2.3 INTERESSE PÚBLICO COMO UM DADO DE REALIDADE.

Cristovam (2013, p. 232) pontifica que o interesse público é um dado de realidade, que restaria apenas “descortinado e projetado a partir da sua operação de materialização, precipuamente promovida pela Administração Pública.” (CRISTOVAM, 2013, p. 232)

E, neste ponto, uma vez especificado, poderia ser controlado e julgado como pertinente em relação aos anseios maiores da sociedade. Porém, o mesmo autor aduz, com base no magistério de Rodriguez-Arana Munoz, que há sim parâmetros de aferição racional e normativa do interesse público, que seriam exatamente os princípios informadores do Estado Democrático de Direito (CRISTOVAM, 2013, p. 232).

Assim, em sendo o interesse público um conceito jurídico indeterminado, tem-se que o mesmo não existe de antemão, em concreto. É algo que pode ser vislumbrado, imaginado, a

partir dos princípios informadores do Estado Democrático de Direito, porém, nunca especificado totalmente de antemão.

O que haverá, será sim o controle de determinadas atuações, quando invocada a concretização deste interesse público para fundamentar uma atuação do Estado ou do indivíduo.

Neste ponto, merece relevo, portanto, que a discussão acerca do interesse público pode ser desenvolvida a partir de um controle de resultados de condutas, tanto do Estado, quanto da sociedade, para verificar se estas condutas estão de acordo com os objetivos maiores daquela coletividade, entendida como um Estado Democrático de Direito.

Como ainda, a discussão do interesse público pode ser retratada a partir de uma ética que controle e direcione as condutas do Estado, e dos particulares para um melhor acerto quanto ao atingimento destes objetivos maiores mencionados anteriormente.

Deste, modo, percebe-se que, na realidade, o debater acerca do interesse público é um debate sobre um agir. Um agir, representado por condutas (que serão valoradas no caso concreto), condutas levadas a efeito por indivíduos, tendo em consideração interesses (e norteamentos éticos), e buscando os fins ansiados pela expectativa social (que deve ser vista de modo dinâmico e evolutivo em relação ao futuro).

Merece relevo, portanto, a discussão acerca dos parâmetros que devam nortear as condutas, sobre os fins que devem ser atingidos, e quem são os responsáveis pela assunção de tais condutas, para que a fotografia final possa ser considerada como um real interesse público. Por isso, a importância de balizas para o agir em prol do interesse público. Exatamente o que a presente dissertação está propondo (uma baliza para o agir decorrente das margens de liberdade decisórias atribuídas aos agentes estatais).

2.4 FALSA DICOTOMIA ENTRE INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PRIVADO

Bandeira de Mello (2002, p. 71) trabalha o conceito de interesse público mediante uma contraposição entre interesse público e interesse privado, porém adverte o autor que esta contraposição não se faz simplesmente em antagonizar o que seja o interesse do todo, com o interesse individual de cada uma das partes.

Isto porque se, por um lado, “acerta-se em dizer que [o interesse público] se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social”; como ainda que o “interesse público não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual.” (BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 69).

Por outro, não se pode perder de vista que não se pode imaginar um interesse do todo, completamente autônomo, e “desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo.” (BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 69).

Deste modo, tem-se que vislumbrar o interesse do todo, mas não como “algo que existe por si mesmo, dotado de consistência autônoma, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes” (BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 69).

Tudo porque “corresponderia ao mais cabal contrassenso que o bom para todos fosse o mal para cada um” (BANDEIRA DE MELLO, 2002, p. 70).

Neste sentido, há sim uma ligação entre o interesse do todo e o interesse das partes na verificação do interesse público; pois este será visto como uma manifestação qualificada dos interesses das partes. Uma qualificação dada pela função de buscar o interesse maior da coletividade – o bem comum. Ou, como veremos adiante, qualificada pela adequação, por estar de acordo com a concretização presente e futura deste mesmo bem comum.

Arremata, assim, Bandeira de Mello (2002, p. 70) que o interesse público, o interesse do todo,

nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrindo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais (2002, p. 70).

Aliás, merece relevo, em nosso sentir, que a definição acima colacionada está especificamente de acordo com a perspectiva Rousseauniana de que o interesse público estaria vinculado a uma vontade geral, que poderia ser representada como uma vontade transcendente e indivisível do todo população (ROUSSEAU, 2002, p. 15).

Uma vontade superior ao interesse individual – e tão legítima que transformaria o ato de obedecer à lei (elaborada de acordo com a vontade geral) em um qualificado exercício de liberdade (na perspectiva Kantiana de obedecer a uma lei outorgada de acordo com a sua própria vontade) (SANDEL, 2014, p. 158).

Neste contexto, temos que o interesse público é um interesse transcendente de busca de um bem-estar coletivo, ultrapassando-se, caso necessário, perspectivas de ganhos egoísticos meramente individualizados.

Percebe-se, portanto, que o interesse público tem relação com os interesses individuais, ou seja, com a subjetividade, com o querer de cada indivíduo; apenas, que este querer será relevante, em termos de interesse público, naquilo que tenha pertinência com o

outro e com a coletividade (o que transcende a esfera exclusivamente particular – que será cada vez mais reduzida).

Ou, em outras palavras, é possível sim o interesse privado ter relevância coletiva (e proteção jurídica), e o será quando legítimo e integrado à soma de esforços necessários ao desenvolvimento social.

Do mesmo modo, uma ação estatal, sob roupagem de direito público, pode configurar uma colonização do espaço público, uma apropriação deste espaço, e configurar um interesse egoístico.

Neste passo, o interesse público e interesse privado não são antagônicos; estes podem ser ou não convergentes a depender da vinculação ao projeto coletivo que se propuserem.

Sendo certo, consoante estipula Sarmiento (2005, p. 83):

portanto, o quadro que se delineia diante dos olhos é muito mais o de convergência entre interesses públicos e particulares do que o de colisão. Tal situação, repita-se, não constitui a exceção, mas a regra. Na imensa maioria dos casos, a coletividade se beneficia com a efetiva proteção dos interesses de seus membros (2005, p. 83).

Nesta medida, é equivocada uma dicotomia automática entre interesse público e o interesse privado; como assim uma supremacia automática de um interesse estatal sobre um interesse privado.

O interesse privado legítimo tem que ser respeitado. Como assim, as ações estatais que representam interesses egoísticos devem ser coibidas. E, evidentemente, um interesse privado de relevância coletiva, prevalece sobre uma atuação do poder público de fundo egoístico.

A supremacia que existe é entre interesse público e interesses egoísticos (devendo prevalecer o primeiro). Interesses egoísticos que são tema do próximo tópico.

2.5 ZONA DE CERTEZA NEGATIVA: OS INTERESSES EGOÍSTICOS

Justen Filho (2012, p. 155) salienta que “não é fácil definir interesse público, inclusive por sua natureza de conceito jurídico indeterminado.” Necessita, pois, que a doutrina estabeleça contornos mais precisos para tal mister.

Exatamente porque a busca do bem comum envolve uma multiplicidade de interesses, e muitos deles de caráter supraindividual, e qualificáveis como interesse público, a depender da visão ética adotada por aquele corpo social.

Neste ponto, como conceito jurídico indeterminado, este terá uma zona de certeza negativa e uma zona de certeza positiva.

A zona de certeza positiva, como já adiantamos, tem relação com uma definição ético-jurídica, vinculada aos fins últimos que devem ser atingidos por aquele corpo social. O que terá, como veremos melhor adiante, estrita conexão com a concretização de direitos fundamentais (no presente e no futuro) e com a realização do projeto constitucional.

Para o momento, é importante estabelecer, ao menos, uma zona de certeza negativa acerca de interesses que não representam o interesse público e que não merecem privilégio ou proteção especial por parte do ordenamento jurídico. Começemos com o interesse dos agentes políticos e administradores.

2.5.1 Interesse dos agentes políticos e administradores

Em uma visão ingênua, poder-se-ia imaginar que, como a vontade do Estado é estabelecida pelos agentes políticos, então, necessariamente, o que proviesse das decisões administrativas estaria intimamente correlacionado ao interesse público.

Aliás, isto é que se depreende da Lei Magna Federal, na previsão dos princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade, ou em uma visão globalizante, o princípio da juridicidade.

Neste sentido, Sarmiento (2015, p. 114): “a Administração não deve perseguir os interesses privados dos governantes, mas sim os pertencentes à Sociedade, nos termos em que definidos pela ordem jurídica (princípio da juridicidade).”

Para tanto, é necessário ter em mente que: “gestão da coisa pública pressupõe para o administrador o afastamento de interesses de ordem pessoal, que venham a desvirtuar a atuação do poder público.” (BINENBOJM, 2005, p. 133).

Porém, nem sempre é isto que acontece, o jogo político é jogado, de maneira que possa sempre se maximizar o capital político de que cada jogador; ou seja, de modo a que se consiga uma precedência nas hierarquias partidárias e uma boa imagem na visão dos eleitores (BOURDIEU, 1989, p. 172-173).

Fato que, como é cediço, envolve a manutenção de espaços de poder e utilização de modelos de financiamento (nem sempre lícitos e às vezes em desfavor do erário). Sendo certo que, como está bem em evidência nos dias atuais, tal tipo de aparelhamento prestigia o interesse egoístico dos mandatários em detrimento dos interesses da população.

Ou seja, em vez de se direcionarem aos fins maiores da coletividade, muitas vezes os administradores agem com vista a alcançar interesses pessoais, mesquinhos, beneficiando o agente da vontade estatal, em detrimento dos interesses da coletividade.

O agente público não “se afasta de si mesmo, de suas preferências, a adotar a solução mais verdadeira, sincera e correta – enfim a mais justa” (CARDOSO, 2011, p. 60).

E prefere utilizar aquilo que Habermas (1997) retrata como um agir estratégico, fundado em movimentar a coisa pública em função de seu projeto pessoal.

Por isso, a necessidade do devido cuidado para não confundir interesse público com a lógica e os fins daqueles que exercem e manejam o poder estatal, e a própria liberdade decisória em seu proveito.

Realmente, infelizmente tal assertativa é uma realidade, a começar pelos interesses dos representantes mais diretos do Poder, os agentes políticos, sobre os quais discorreremos centrando-nos nas figuras dos chefes de poder executivo e nos parlamentares, nos três níveis: Federal, Estadual e Municipal.

O olhar da história demonstra que ao lado da busca de melhorias para o todo da população e a busca do desenvolvimento do Estado, os agentes políticos eleitos sempre têm um olho voltado para a próxima eleição.

Neste sentido, por exemplo, decisões impopulares (mas necessárias) são muitas vezes postergadas. A prática é sempre a tomada de decisões impopulares no primeiro e segundo anos de mandato (considerando um mandato de quatro anos), e agrados e benesses ao eleitor no terceiro e quarto anos subsequentes.

E neste contexto, tem-se o aparelhamento do Estado, a colonização do mesmo por interesses políticos, exercida por meio de indicações de cargos com fins eleitorais, gastos excessivos com publicidade e propaganda, manipulação de informações. Sendo certo que todos estes vícios são meios de manutenção de posições de poder, com vista ao êxito eleitoral.

Por isso, a necessidade do devido cuidado para não confundir interesse público com a lógica e os fins daqueles que exercem e manejam o poder estatal, e a própria liberdade decisória em seu proveito.

Isto porque, como adverte Binenbjm (2005, p. 120), interesse público e outras categorias como prerrogativas da administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo podem representar “antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do antigo regime que a sua superação”.

Neste passo, como já adiantado acima, não é porque algo provém do exercício do poder estatal, que existirá uma legitimação automática e uma imediata adesão ao conceito de interesse público.

Pelo contrário, a experiência demonstra que o exercício do poder estatal tem sido preñado em demonstrar situações em que o interesse egoístico prevaleceu diante do bem estar coletivo. Sendo certo que, a eleição continuada de interesses egoísticos não será sustentável e não será apta a garantir a concretização dos direitos fundamentais, no presente e no futuro.

Sempre vale, neste sentido, o alerta de Bauman (2013, p. 78), de que

os governos, privados de grande parte de seu poder pelos bancos, empresas multinacionais e outras forças supranacionais, são incapazes de prestar atenção seriamente às verdadeiras causas da miséria das pessoas, e estas reagem, como se poderia esperar, perdendo a confiança na capacidade e na vontade dos governos de resolver seus problemas. Buscando desesperadamente por salvação, as pessoas não olham para cima, mas para os lados.

Ou seja, muitas vezes, quem deveria proteger a constituição e a ordem jurídica, acaba colonizando-a por interesses não republicanos e inconfessáveis.

2.5.2 Interesse dos indivíduos

O interesse público, de ordinário, não é o moto, nem a meta a maior da busca do interesse individual. Isto se vê bem nas relações empresariais, onde de ordinário o que prevalece é a busca do lucro (normalmente o bem comum vem por decorrência de condicionamentos legais).

Mas isto acontece também na esfera pública, como, por exemplo, em relação à escolha dos representantes por parte da sociedade, quando, em boa parte das situações, a escolha deste representante é aferida de forma a maximizar o interesse individual e não o coletivo.

Elejo o prefeito que me deu uma casa, o vereador que me conseguiu um emprego, o deputado que defende o meu ramo de comércio, o presidente que paga o meu auxílio mensal.

O eleitor, normalmente, somente pensa em questões mais gerais, quando, de maneira mais ou menos próxima, estas questões influenciam diretamente em sua vida.

Não interessa muito, por exemplo, a destruição de uma praça, se ele não a frequenta. Neste contexto, o sistema eleitoral, e o Regime Democrático, notadamente o brasileiro, ainda não desenvolveram uma força integradora capaz de expungir completamente o agir estratégico do eleitor, induzindo-o a agir em prol do bem comum.

Talvez porque ainda não se desenvolveu, especialmente no Brasil, uma consciência coletiva de uma agenda supraindividual, que crie uma identidade maior entre os interesses de cada um enquanto indivíduos e os interesses destes indivíduos, enquanto participantes da sociedade.

Frise-se que aqui não estamos colocando que o interesse público é desvinculado dos interesses dos indivíduos, até porque, como explicamos acima, tal tese seria ilógica, e mais, antidemocrática, pois gera “a possibilidade de reconhecer como interesse público algo desvinculado de qualquer interesse individual concreto.” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 156).

O que queremos por em relevo neste item é que o interesse público não pode ser aferido com base no interesse egoístico e estratégico de cada um, tendo em vista a sua comodidade e o seu benefício exclusivo.

O que não impede que se reconheça uma dimensão maior do interesse de cada um, uma dimensão que transcenda o egoísmo e que se regozije com desenvolvimento, paz social, aumento da riqueza, concretização de direitos fundamentais.

Algo relacionado com uma responsabilidade ética e um conceito de dever exatamente porque não exsurge diretamente de um interesse próximo e instintivo. Mas algo que deriva de uma conscientização de que a vida em sociedade implica laços, que faz com que o progresso social necessariamente seja, em maior ou menor medida, interdependente.

Algo como a conscientização de que a efetivação do projeto constitucional corresponde a um elemento de identidade de toda a Nação, e algo apto a garantir um desenvolvimento social coletivo, que, para o que está sendo desenvolvido neste trabalho, corresponde ao conceito de interesse público. Uma conscientização que qualifique este interesse individual, como interesse privado enquadrável como interesse público, afastando-o da seara do interesse puramente egoístico.

Até porque, para concretização do projeto constitucional, é necessário este nível de percepção por parte dos atores sociais.

2.5.3 Interesse da maioria

Em termos de definição do que seja interesse público, normalmente é tentador estabelecer que interesse público é o interesse da maioria; ou seja, aquele interesse que contempla o maior número de pessoas.

Tal tipo de pensamento tem raízes na corrente filosófica do Utilitarismo, que teve como expoente Jeremy Bentham, que pregava que “o mais elevado objetivo da moral é

maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor.” (SANDEL, 2014, p. 48).

E, para tanto, a coisa certa é fazer é aumentar a utilidade, a felicidade para o maior número de pessoas (SANDEL, 2014, p. 48); porém, como assinala Sarmiento (2005, p. 61), trazer este pensamento, esta correspondência unívoca para a discussão sobre interesse público não é juridicamente válido, a teor da dignidade da pessoa protegida pela Constituição de 1988. Diz o autor:

Os utilitaristas partem da premissa que os indivíduos têm às vezes interesses conflitantes, e que, nestes casos, deve-se atribuir um peso igual aos interesses de cada um, na busca da solução mais justa. Assim, justifica-se o sacrifício dos interesses de um membro da comunidade sempre que este sacrifício for compensado por um ganho superior nos interesses de outros indivíduos. (SARMENTO, 2005, p. 61).

Neste sentido, tal pensamento revela uma perspectiva equivocada, pois “o utilitarismo não trata adequadamente os Direitos Fundamentais como direitos acima dos direitos das maiorias” (SARMENTO, 2005, p. 62), consoante requer nossa Carta Maior e a centralidade e primazia dos direitos fundamentais, como condição de um Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, temos Justen Filho (2014, p. 57), assinalando, em última análise, que o conceito de interesse público não é quantitativo:

Numa democracia, o interesse público não pode ser apenas o interesse da maioria da população. Isso acarretaria a destruição dos interesses das minorias. E um Estado Democrático caracteriza-se pela tutela tanto dos interesses das maiorias como das minorias. A vontade da maioria é preponderante dentro de certos limites, eis que também se protegem os interesses da minoria, tudo segundo parâmetros constitucionalmente fixados. Ou seja, o conceito de interesse público não se vincula a questões apenas quantitativas.

Nesta medida, tem-se que o interesse público não é delineado por números, que consubstanciem a prevalência de uma vontade opressora da maioria da população. Pelo contrário, o interesse público redundará de um processo dialético e democrático, com possibilidades isonômicas de participação e fiscalização.

Tudo porque, como vimos anteriormente, em um Estado Democrático de Direito (paradigma de argumentação deste trabalho) deve haver a primazia dos direitos fundamentais.

Neste passo, evidentemente que a maioria terá o privilégio de determinar algumas nuances do encaminhamento político da nação, tais como detalhes da política econômica, da ordem de prioridade em investimentos, de um caráter mais liberal ou estatizante na

Administração Pública; porém, tudo sem invadir a seara dos direitos fundamentais da minoria; o que inclui, é claro, o direito de crítica destas políticas, o direito de obter informações acerca dos critérios de decisão, e o direito de fiscalizar o acerto ou desacerto das mesmas.

Isto porque, como assinala Sarlet (2013, p. 658) é “mediante a fruição de direitos de participação política (ativos e passivos) que o indivíduo não será conduzido à condição de mero objeto da vontade estatal (mero súdito), mas será assegurada a sua condição de sujeito do processo de decisão sobre a sua própria vida e da comunidade que integra.”

Sem que em nenhuma hipótese este processo de escolha prejudique a intangibilidade dos seus direitos fundamentais.

Tudo porque os direitos políticos (enquanto direitos fundamentais) exercem uma dúplici função: são por um lado “elementos essenciais (e garantes) da democracia no Estado Constitucional [...], por outro representam limites à própria maioria parlamentar, já que esta, no campo de suas opções políticas, há de respeitar os direitos fundamentais e os parâmetros estabelecidos pelos direitos políticos.” (SARLET, 2013, p. 658).

Neste sentido, resumindo este ponto, vimos que o interesse público não se confunde com o interesse da maioria, nem com o interesse direto do eleitor (indivíduo).

Até porque, como debatemos acima, a lógica da maioria, do eleitor e do eleito muitas vezes convergem, redundando na irracionalidade do Estado. Tema do próximo tópico

2.5.4 Interesses corporativos e o interesse secundário do Estado

O próprio Estado, enquanto ente abstrato, tem sua lógica própria, formada pela conjugação de vontades de agentes políticos, e de servidores públicos.

Dos agentes políticos já falamos; e os servidores públicos também têm o seu norte de atuação onde, ao lado da inarredável cumprimento de suas funções, há outra ética que se sobrepõe: a ética corporativa. E o que esta ética designará?

Primeiro, claro, a busca por melhores condições de trabalho, o que envolve luta por melhor estrutura física das repartições onde desenvolvem o seu labor; menores jornadas de trabalho e maior valor de remuneração. (Lutas estas que independem da posição estratégica do cargo ocupado e da justa priorização ou não deste pleito no bojo das necessidades sociais).

E, segundo, que é consequência lógica e direta da primeira, a busca pelo engrandecimento e maximização em importância do seu órgão, entidade ou cargo desempenhado. Ou seja, se se trata de órgão arrecadador, a ordem será arrecadar mais (mesmo

que a orientação mais racional em relação ao todo e ao ordenamento jurídico não seja esta); tratando-se de órgão controlador, fazendo o controle ter primazia em relação ao controlado; e assim por diante.

O que redundava naquilo que é chamado, na dicção de Alessi, de interesse público secundário (JUSTEN FILHO, 2014, p. 156), que nada mais é do que o interesse do Estado em si; que deve se manter forte e atrativo, seja em termos de posições de poder (que serão disputadas politicamente), seja principalmente em termos de recursos, que privilegiarão aqueles que estiverem em posições de decisão da destinação destes valores.

E, nesta medida, mais uma vez como adverte Bandeira de Mello (2002, p. 75-76), não se pode incorrer no equívoco de supor que todo interesse do Estado (tais como arrecadação superior, manutenção de posições de poder, entre outros) corresponde a um interesse público.

Frise-se, por oportuno, que se denomina secundário, este interesse exclusivamente estatal, porque tal interesse deve ser subalterno, ancilar, e funcional do interesse público verdadeiro, denominado interesse público primário, cujo delineamento é o que tentaremos traçar já no próximo tópico.

2.6 INTERESSE PÚBLICO: ZONA DE CERTEZA POSITIVA

Neste ponto é que vemos com muita nitidez a mudança de paradigma trazida pela constitucionalização do Direito. Isto porque, se a constituição não é apenas a norma hierarquicamente superior do ordenamento jurídico, mas também (e principalmente) a medida axiológica e vetor interpretativo deste mesmo ordenamento; temos que, em vez de departamentos estanques, o conjunto de normas (e os ramos do Direito) têm que demonstrar um todo harmônico.

E mais do que isso (porque o caráter sistemático do ordenamento jurídico também era uma premissa do paradigma anterior), a coerência, harmonia e unidade do sistema será dada pela constituição, que traça (no caso do Estado Brasileiro) os objetivos da República Federativa do Brasil e os meios de consecução destes objetivos.

Realmente, os objetivos da República Federativa do Brasil estão estampados no art. 3º da Lei Magna, a começar com “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; e segue com “garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL, 1988).

Nesta medida, traz a constituição um Estado dedicado ao sucesso de cada indivíduo, ao desenvolvimento do todo social, ou seja, com a “adoção de uma postura profundamente respeitosa do Estado em relação aos indivíduos, baseada na visão de que o que justifica sua própria existência são os interesses dos cidadãos que os compõem.” (SARMENTO, 2005, p. 112).

Ou, em última análise, comprometido com a concretização dos direitos fundamentais. Mas quais os meios e procedimentos que devem ser observados para a consecução destes objetivos?

Podemos enumerar: a utilização de um Regime Democrático de governo, com divisão de funções entre diversos Poderes; uma forma federativa de Estado; respeito a direitos fundamentais nas relações Estado-indivíduo e indivíduo-indivíduo; existência de um aparelho administrativo reverente aos princípios informadores da Administração Pública; fomento de uma ordem econômica pautada pelos valores da livre iniciativa e do trabalho. Entre outros aspectos.

Neste ponto, portanto, chegamos ao xis da questão: se o projeto constitucional tem objetivos, que devem ser alcançados por meio de alguns condicionantes; e se a constituição dá o norte, a coerência, a tessitura (e porque não dizer a finalidade) de todas as normas do ordenamento jurídico; então todo o Direito deve ser ancilar deste projeto constitucional.

E, nesta medida, se o Direito conforma as ações do Estado (já que os Estado não tem vontade própria, sua vontade é revelada pelo corpo normativo; temos que as ações do Estado devem ser reverentes ao projeto constitucional.

Tanto em termos de ações diretas, como por meio de ações regulativas, sem precedência de umas sobre outras, já que a constituição não denota esta preferência.

Neste sentido, facilmente se percebe que são igualmente importantes uma Administração Pública proba, o respeito às instituições democráticas, a observância dos direitos fundamentais, um ambiente econômico que proteja a livre iniciativa e a capacidade de investimento.

Ou dizendo de outra forma, para o projeto constitucional e para o bem-estar da população, tão importante quanto assegurar a lisura em licitações, é garantir inflação baixa, crescimento econômico, alto nível de emprego, educação e saúde de qualidade, etc.

Desta forma, temos que se todos os aspectos mencionados são igualmente importantes, ou ao menos igualmente essenciais, então o interesse público reside no sucesso e concretização de cada um deles. Daí porque, em síntese apertada, em nossa visão, caminhar

em prol do interesse público, nada mais é do que agir em prol da concretização do projeto constitucional, em todas as suas vertentes.

E, em assim sendo, age em prol do interesse público não só o gestor que melhora as condições das escolas públicas, ou dos hospitais comunitários, ou o ministro da fazenda que reduz o déficit fiscal, ou o presidente da república que fomenta o crescimento econômico; mas também o empresário que oferece empregos, os membros de organizações não governamentais que prestam serviço de interesse social, ou mesmo cada um dos trabalhadores deste país que dia-a-dia entregam seu suor para a construção de um Brasil melhor.

Ou ainda, os agentes controladores (Ministérios Públicos, Tribunais de Contas, Controladorias) que sindicam e reprimem os interesses egoísticos travestidos de interesses públicos.

Desta forma, em cada aspecto mencionado, há ações de agentes estatais, ou ações de particulares, mas todas, em nosso sentir, atuando em prol do interesse público. Daí porque, como vimos anteriormente, descabe fazer uma contraposição entre interesse público e interesse particular, como se do particular não proviessem ações que favorecem o interesse da coletividade.

Neste sentido, o aplicador do direito (particular ou agente estatal), adotando a metáfora de Bobbio (2004, p. 26), tem que traçar “uma grande caminhada cheia de placas indicativas, faça isto, não faça aquilo, e do modo mais coerente possível tem que compatibilizar todos aqueles comandos.” (BOBBIO, 2004, p. 26). Sempre em prol da eficácia do projeto constitucional.

Sendo que, no caso particular do agente público, o seu dever é instrumentalizar os seus poderes para que este projeto seja eficaz; e mais do que isso, monitorar o andamento deste projeto para sindicarmos se as iniciativas, se as respostas aos comandos normativos são eficazes para que o projeto seja concretizado.

E utilizar cada uma das faces da Administração: neutra, intervencionista, produtora, reguladora, controladora, burocrática, gerencial, de sacrifícios, de prestação, de ordenação, de infraestrutura, estratégica, de transformação, entre outras possibilidades, a depender do campo administrativo manejado e a depender dos objetivos visados (OTERO, 2013, p. 211-216). Sempre na busca da sinergia necessária à satisfação do interesse público.

Porém, como advertimos anteriormente, a aplicação do Direito está sempre sob o influxo de interesses egoísticos, e, por isso, muitas vezes esta sinergia não ocorre e o projeto constitucional pode sofrer interrupções em seu andamento.

Deve, portanto, o gestor não apenas tentar cumprir o seu mister de implementar o projeto constitucional, mas fazê-lo de forma monitorada para verificar se as soluções utilizadas são as devidas em função da modificação da realidade fática que ora se apresenta. Tudo para que os fins previstos na Lei Maior ocorram do modo mais eficaz possível, seja, com iniciativas estatais, seja permitindo a excelência das iniciativas privadas.

Neste prisma, resumindo o que foi delineado acima, o contraponto correto do interesse público é sim o interesse egoístico descrito anteriormente, que nada mais seria do que o interesse que não favorece o projeto constitucional; sendo certo que o interesse egoístico pode advir tanto da iniciativa privada, quando, por exemplo, um empresário faz especulação imobiliária, ou maneja uma indústria altamente poluente, ou faz uso de práticas que prejudicam o mercado e a concorrência, ou simplesmente não trata com dignidade seus trabalhadores.

Ou do setor público, quando um gestor não faz os ajustes na economia no tempo devido, de modo a causar um bem-estar ilusório na população, com vista a vencer uma eleição; ou quando faz uso do aparelhamento da empresas do Estado para arrecadar fundos de campanha; ou quando atende a interesse de financiadores eleitorais, em detrimento dos interesses reais da população.

Em quaisquer destes casos, vislumbra-se um interesse egoístico trabalhando em desfavor do projeto constitucional; sabotando e prejudicando o anseio coletivo da assunção do verdadeiro interesse público.

Sendo que, quando falamos em interesse público estritamente vinculado ao projeto constitucional, estamos falando de conservação da força normativa da constituição, já que a perenidade da força normativa, como argumentado acima, depende exatamente da adesão no mundo dos fatos dos comandos normativos da constituição (HESSE, 1991).

Adesão que se espera do Estado, e dos agentes políticos; cumprindo a dicção de Duguit (2009, p. 77): de um Estado (e seus agentes) reverente ao Direito, no “sentido de que o poder político tem que realizar o Direito.” (DUGUIT, 2009, p. 77).

Direito que se materializa com a eficácia presente e futura dos comandos da Lei Maior. Eficácia do projeto constitucional, no presente e no futuro: sustentabilidade, que deve servir de parâmetro para a atuação do Estado e de baliza para as escolhas estatais.

2.6.1 Efetivação do projeto constitucional: a concretização sustentável dos direitos fundamentais

Neste ponto, cabe aclarar o que seria, para o bojo desta dissertação, a efetivação do projeto constitucional. Como vimos, a efetivação do projeto constitucional tem muitas dimensões; mas uma delas certamente – até porque este é um dos focos da Constituição, é a concretização dos direitos fundamentais.

Neste sentido, Alice Gonzalez Borges (2007, p. 21):

A Constituição Brasileira consagrou os direitos fundamentais como a projeção normativa de valores morais superiores ao próprio Estado, de aplicabilidade imediata, consubstanciados como cláusulas pétreas contra a ação do próprio constituinte derivado. Constitui, assim, o grau mais elevado possível de interesses públicos, que devem, em regra, prevalecer sobre todos os demais interesses, públicos e individuais.

De outra parte, conforme o raciocínio esposado no texto, há que se valorizar a perspectiva futura de concretização de direitos fundamentais. E sendo idônea a aproximação da Filosofia com o Direito, valem os ensinamentos de Jonas (2015) de que o direito das gerações atuais em nada prevalecem sobre o direito das gerações futuras.

E mais, como vimos acima, que a única diferença entre resguardar o presente e resguardar o futuro é que, adotando-se a primeira opção, a continuidade da existência humana não está garantida.

Neste mister, como os direitos fundamentais vinculam-se às garantias e direitos que cada indivíduo detém, para que possa exercer o seu pleno desenvolvimento humano, com oportunidades de se integrar na sociedade, exercer sua liberdade, expressar seu pensamento, respeitar o próximo e ser respeitado.

É evidente que tais garantias e direitos não podem ser limitadas ao aqui e agora. Ou imaginadas estáticas e pontuais, como em uma natureza morta. Estas garantias e direitos têm que ser exercidas de modo permanente, de forma contínua e duradoura, de forma a abraçar (com dignidade) toda a vida de cada indivíduo, como vimos anteriormente, até o chamado final da morte. Ou seja, de forma sustentável do hoje para o futuro.

Pensar de outro modo significaria atentar, por exemplo, contra a segurança jurídica, que na dicção de Sarlet (2012, p. 442), serve de gênese para a vedação ao retrocesso (que trataremos de forma mais específica adiante), que funciona como garantia para a humanidade, de que o padrão atual de direitos fundamentais não pode ser prejudicado.

Neste sentido, mais uma vez, Sarlet (2012, p. 442): “[...] não há como deixar de consignar que, em termos gerais, também no presente contexto importa ter sempre a premissa

de que a problemática da proibição do retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica [...].”

Sendo que esta segurança jurídica está umbilicalmente vinculada também à própria noção de dignidade da pessoa humana.

E que esta dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade de suas próprias posições jurídicas. (SARLET, 2012, p. 443).

Desta forma, a proteção do futuro é um imperativo ético, um imperativo lógico e um imperativo jurídico. E, deste modo, se a consecução do interesse público está intimamente correlacionada à efetivação do projeto constitucional, e a efetivação deste projeto tem como dimensão relevante a concretização dos direitos fundamentais, então esta concretização, por maior razão, deve ser garantida no presente e no futuro.

Sendo que deste argumento surge uma importante aplicação prática: se houver colisão entre mais de uma ação de interesse público, deve ser escolhida aquela que tenha maior possibilidade de manter os seus efeitos no futuro, colaborando com a eficácia do projeto constitucional.

Temos, portanto, diante do exposto, zonas de certeza positiva em relação ao interesse público, conceitos que se entrelaçam de modo circular e virtuoso, de modo que agir em prol do interesse público é agir de acordo com o projeto constitucional, garantindo, sem prejuízo a outros bens jurídicos, os direitos fundamentais no presente e, de forma sustentável, no futuro.

Nesta medida, temos mais uma vez a circularidade: concretização do projeto constitucional, consecução do interesse público, efetivação dos direitos fundamentais e manutenção destas condições no presente e no futuro.

Circularidade que servirá de baliza para as escolhas estatais, assunto que adentraremos a partir de agora.

2.7 LIBERDADE DECISÓRIA E INTERESSE PÚBLICO

O aumento da discricionariedade é uma tendência do pós-positivismo, marco filosófico do constitucionalismo contemporâneo e que tem como característica uma maior porosidade das normas jurídicas, notadamente as normas constitucionais, que ao adotarem um caráter mais principiológico, tornam-se mais adequadas a resolverem os conflitos e as

perplexidades da sociedade de risco hipercomplexa, que representa nossa realidade atual (BARROSO, 2013, p. 269-272).

Desta forma, como o ordenamento jurídico, a partir da constituição, não pode diretamente prever soluções exatas para as múltiplas e multifacetadas situações jurídicas concernente à sociedade atual; surge uma margem de liberdade na aplicação do Direito e da constituição, que deve servir não como um espaço ou folga ao legislador e administrador, para desenvolver quereres ou arbítrio.

Mas sim um espaço de conformação para que haja as melhores soluções jurídicas para cada caso concreto. Notadamente em termos de concretização de direitos fundamentais.

Neste sentido, Moncada (2002, p. 133): “o paradigma legislativo correspondente aponta para uma norma legislativa mínima e não máxima. Pelo que toca à respectiva execução, o modo de ser respectivo não é silogístico[...].”

É este exatamente este o conceito de Alexy (2011, p. 578-584), em termos de se entender a constituição como uma ordem moldura ou uma ordem fundamento. E sobre o pensamento do mestre alemão, é que desenvolveremos as próximas linhas.

2.7.1 Alexy: ordem moldura e ordem fundamento

Alexy (2011, p. 578-584) estipula que a constituição pode ser vista como uma ordem moldura, ou uma ordem fundamento.

A moldura teria relação mais estrita com o Estado Judiciário, ou seja, o Estado que aplica o ordenamento jurídico e controla sua harmonia de acordo com a constituição (que seria a moldura, como veremos adiante para o controle da ação do Poder Legislativo e do Poder Executivo).

E o fundamento (da ordem fundamento) teria mais íntima conexão com a ação do legislador, que, ao enxergar a constituição como norma jurídica fundamental, como fundamento (genoma) de todas as demais normas, vai o legislador nela (na constituição) buscar os limites para sua possibilidade de criação normativa. Expliquemos melhor estes parâmetros.

Com efeito, detalha Alexy (2011, p. 579-583) que a constituição funcionaria como a moldura de um quadro, que estabelece os limites da ação do legislador ordinário. Neste escopo, tudo o que puder ser inserido (adequado) ao marco legal (em conformidade com a moldura) será constitucional. O que ultrapassar (e fugir da moldura) não.

Explica o autor que esta moldura pode ser vista sob três prismas: o primeiro, um modelo puramente procedimental, onde não haveria moldura substancial e ao legislador tudo seria permitido, desde que respeitasse os procedimentos de elaboração de normas previstas na Constituição (ALEXY, 2011, p. 580).

Neste sentido, para Alexy, isto seria equivalente a dizer que “a discricionariedade do legislador é substancialmente ilimitada.” (ALEXY, 2011, p. 580).

Este modelo, de prisma puramente teórico, por incompatível com os direitos fundamentais, e com a própria sustentabilidade aqui defendida, representaria uma moldura tênue, quase inexistente. (ALEXY, 2011, p. 581).

Um segundo prisma, e totalmente antagônico ao primeiro, seria o modelo de moldura puramente material, pois nele a constituição conteria deveres ou proibições para toda e qualquer decisão legislativa. (ALEXY, 2011, p. 581-582).

Neste sentido, não haveria margem de liberdade ou de criação ao legislador, e toda a discricionariedade legislativa seria eliminada. O que faria com que a moldura se desfigurasse assumindo uma expressão máxima, confundindo-se com o próprio quadro, do que decorreria que o marco constitucional fosse confundido com uma verdadeira ordem fundamento em sentido quantitativo, consoante veremos logo adiante com mais detalhes.

E o terceiro prisma, o que iremos utilizar, e o mais adequado ao conceito de moldura, é o modelo material-procedimental, onde a constituição estipula exatamente os limites para a ação do legislador ordinário, denotando algumas obrigações ou proibições ao legislador.

Fato que configuraria a moldura, ou seja, o espaço que é facultado à liberdade decisória do agente legislativo - aquilo que lhe é permitido em termos de discricionariedade (uma discricionariedade denominada discricionariedade estrutural) (ALEXY, 2011, p. 582-583).

Nestes termos, a moldura configuraria o limite, a barreira de conformação do legislador à vontade constitucional. A moldura determina, restringe, fundamenta, condiciona. E o restante do quadro, dentro dos limites impostos pela moldura, pode ser preenchido pela liberdade de decisão do legislador.

Neste contexto, facilmente se percebe que esta moldura é variável a partir do reconhecimento do limite à ação do legislador, sendo que, nestes termos, os mais importantes limites à ação do legislador são exatamente os direitos fundamentais e os princípios que deles são decorrentes.

Tanto que o próprio Alexy (2011, p. 579) diferencia o que seja o conceito de ordem moldura, acima explicitada, com o conceito da moldura em si, que pode variar de ordenamento a ordenamento.

Alexy (2011, p. 579-583), neste mister, enumera em sua obra exemplos, de outros autores, no sentido da redução dos efeitos dos direitos fundamentais, no sentido de criação de uma moldura constitucional menos dilargada.

Cita, por exemplo, Bockenford, que prega a extirpação dos efeitos horizontais entre terceiros dos direitos fundamentais (ampliando a ação do legislador para regular as relações entre particulares), o que representaria a redução liberal da constituição.

Ou a visão de Hain, que estipula uma redução material geral da constituição, onde apesar de serem preservadas todas as dimensões dos direitos fundamentais, estas são reduzidas a um patamar mínimo.

E, por fim, a denominada redução metodológica da constituição, proposta por Jestaedt, pois de acordo “com essa terceira variante, deve fazer parte da constituição apenas aquilo que se pode empiricamente estabelecer como a vontade histórica do legislador constituinte.” (ALEXY, 2011, p. 580).

Na ordem fundamento, conforme adiantado acima, o que interesse é o genoma, o fundamento para a ação do legislador. Sendo que Alexy (2011, p. 583-584) diferencia duas possibilidades de ordem fundamento, que pode ser compreendida de forma quantitativa e de forma qualitativa.

Na forma quantitativa, a constituição seria uma ordem fundamento se ela nada faculta, tudo seriam deveres ou proibições ao legislador, o que revelaria, para Alexy (2011, p. 584) “um verdadeiro conceito contraposto ao conceito de ordem-moldura.”

No sentido qualitativo ou substancial, a constituição representaria o genoma necessário para todas as decisões fundamentais da comunidade. Para tais questões, a Lei Maior seria a ordem-fundamento e teria de ser obrigatoriamente seguida. Para além disso, a constituição deixaria em aberto muitas outras possibilidades de conformação ao legislador. (ALEXY, 2011, p. 584).

Explica, inclusive, Alexy (2011, p. 584), que a constituição não pode querer regular tudo e todos os aspectos da vida em sociedade. Ela deve regular questões fundamentais (a moldura, ou o fundamento), deixando em aberto espaço para a discricionariedade do legislador.

E, no caso, conforme veremos adiante, a ideia desenvolvida nesta dissertação é exatamente que a sustentabilidade é fundamento constitucional e está na moldura preconizada

pela constituição para o ordenamento jurídico, condicionando toda e qualquer ação legislativa, para que toda e qualquer norma criada pelo legislador esteja comprometida com o projeto constitucional.

E condicionando, também, toda a aplicação do Direito, para que esta seja reverente ao projeto constitucional e à concretização presente e futura dos direitos fundamentais. E fulminando de inconstitucionalidade tudo que lhe seja contrário.

2.7.2 Discrecionalidade do legislador

No sentido descrito acima, em se reconhecendo a ordem constitucional como uma ordem moldura, ou uma ordem fundamento em sentido qualitativo, abre-se um campo de ação legítimo para a atuação legislativa, ou seja, respeitando-se os limites da moldura, abre-se a possibilidade de, no interior do quadro, o legislador exercer o seu espaço de atuação legislativa discrecional.

A esta possibilidade de atuação, dentro dos limites da moldura, e respeitadas as decisões fundamentais privativas da Carta Constitucional, chama Alexy (2011, p. 584-588) de discrecionalidade estrutural do legislador. E que esta discrecionalidade estrutural pode ser uma discrecionalidade para definição de objetivos, uma discrecionalidade para definição de meios e uma discrecionalidade para sopesar.

A discrecionalidade para objetivos existiria quando a constituição permite ao legislador estipular ou não, como objetivo a ser alcançado, alguma atividade de interesse público, ou, ao menos, a oportunidade de sua intervenção (ALEXY, 2011, p. 585).

A discrecionalidade para definição de meios existiria na medida em que, em a constituição fixando um objetivo, deixaria ao talante do legislador a fixação do meio para que aquele objetivo fosse alcançado (ALEXY, 2011, p. 586).

E a discrecionalidade para sopesar, em síntese apertada, decorreria do fato de que, na ponderação entre princípios, e utilizando-se a máxima da proporcionalidade, o resultado entre a restrição de um princípio e o grau de satisfação de outro, geraria um resultado indiferente em termos do projeto constitucional. Neste ponto, o legislador poderia adotar a intervenção ou não, gerando-lhe assim um espaço para a tomada de decisão (ALEXY, 2011, p. 587).

Diferente seria a discrecionalidade epistêmica que redundaria exatamente da incapacidade de estabelecer se a moldura limita ou não a atuação do legislador ordinário. Ou seja, não se pode estabelecer se a constituição veda ou chancela a ação de criação normativa efetivada pelo legislador (ALEXY, 2011, p. 612-622).

Nestes casos, para Alexy (2011, p. 622), prevalece a decisão do legislador já que este é o titular do poder legiferante e o exerce em função típica.

2.7.3 Discrecionariade administrativa

A discrecionariade administrativa segue o paradigma delineado acima para a discrecionariade legislativa, na medida em que o espaço discrecionário seria aquele espaço de decisão permitido ao administrador para que seja alcançado o interesse público no caso concreto.

A discrecionariade exsurge como contraponto à vinculação, que representaria a situação exatamente inversa, qual seja, a de inexistência de espaço para a valoração individual do administrador; ou seja, da interpretação do ordenamento jurídico aplicável já se extrai a exata solução para o caso concreto – o ato administrativo adequado em todos os seus elementos.

Para Di Pietro (2007, p. 197), a discrecionariade surge quando “a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis.” Sendo que “a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade”, sendo tais critérios próprios do prolator da decisão, porquanto não definidos adredemente pelo legislador (DI PIETRO, 2007, p. 197).

Para Carvalho Filho (2005a, p. 38), já que “a lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo”, então há que se abrir espaço para algum tipo de valoração de conduta. “Nesses casos, pode o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos.” (CARVALHO FILHO, 2005a, p. 38).

E por que esta discrecionariade? Exatamente porque seria impossível ao legislador prever todas as situações de alcance de interesse público (até porque, como vimos, o interesse público é um conceito polissêmico, e que somente pode ser idealizado por aproximação entre zonas de certeza positiva e negativa).

Neste sentido, mais uma vez Carvalho Filho (2005b, p. 21):

Na função administrativa, não poderia a lei deixar de conferir ao administrador a capacidade de ação e decisão própria do exercício do poder discrecionário. As situações sociais e jurídicas com que se defronta o administrador público são muitas e diversas, sendo totalmente impossível que a lei contemplasse determinado *modus faciendi*, para solucioná-las integralmente.

Ademais, é certo que, do mesmo modo que não se concebe uma ordem constitucional totalmente impermeável à liberdade do legislador, já que há de restar um espaço para que este exerça a sua função precípua de legislar (criar as normas e o Direito); também não se pode imaginar o administrador também totalmente vinculado aos comandos normativos, robotizado, seguindo comandos legais.

De modo algum. Se o ordenamento jurídico prevê que o exercício do poder será concretizado por meio do manejo de três funções precípua (executiva, legislativa e judicante); então há que se respeitar um espaço para que as três funções sejam efetivamente exercidas.

Deste modo, até por um imperativo lógico de respeito ao desenho do sistema jurídico (e porque não dizer do projeto constitucional que vem sendo defendido até aqui) então há que sempre existir um espaço de decisão também para o administrador.

Sendo cristalino, ainda, que a discricionariedade não pode ser dissociada da função de administrar, já que administrar é gerir interesses, e para tal gerência demanda-se não somente executar comandos, mas também criá-los em certa medida (CARVALHO FILHO, 2005b, p. 21), até para que estes interesses possam ser vinculados e coordenados em prol do projeto constitucional. Ou seja, para que a conveniência e a oportunidade de determinada decisão (aspectos reiteradamente citados como ínsitos à discricionariedade) sejam direcionados ao interesse público.

Neste ponto, insta salientar como pode surgir, em termos normativos, esta discricionariedade. E, nesta senda, vale salientar a lição de Bandeira de Mello (1998, p. 19), que ao tratar de discricionariedade administrativa atesta que esta pode advir: da hipótese da norma; do comando da norma; ou da finalidade da norma.

Explica Bandeira de Mello (1998, p. 19) que na discricionariedade decorrente do comando da norma, existe um espaço de decisão do administrador, sobre alternativas de condutas a serem escolhidas, quanto: a expedir ou não o ato; sobre o momento de expedição do ato; quanto à forma jurídica que revestirá o ato; para resolver qual a medida mais satisfatória para atender a circunstância do caso concreto.

Neste contexto, a discricionariedade decorrente do comando da norma, trabalha dentro de uma moldura exposta pelo ordenamento jurídico, podendo ser feita uma correlação com a discricionariedade estrutural exposta anteriormente (raciocínio que desenvolveremos com mais vagar à frente).

De outra parte, delineia Bandeira de Mello (1998, p. 19) que as discricionariedades frutos da hipótese da norma e da finalidade da norma, estão ambas vinculadas a imprecisões. Sendo a primeira conectada ao modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo) que desencadeará a hipótese de incidência da norma.

E a segunda concernente à fluidez da finalidade ou do bem jurídico tutelado pela norma, pois, mais das vezes, a finalidade da norma visa à tutela de valores, representados por conceitos jurídicos indeterminados, que necessitam de apreciação (e valoração) pelo administrador público.

E estando vinculados a incertezas, estes últimos tipos de discricionariedades aproximam-se do conceito de discricionariedade epistêmica exposto por Robert Alexy (2011, p. 612).

Realce-se que, se para Bandeira de Mello (1998, p. 18-22), a discricionariedade pode advir tanto de uma opção legislativa expressa ao empoderar o administrador para tomar a melhor decisão para o alcance do interesse público; como da incerteza relativa ao exato conteúdo jurídico do motivo para expedição do ato, ou da finalidade pública imediata que deve ser auferida; há outra parte da doutrina que faz distinção entre uma real discricionariedade e o manejo e a interpretação de conceitos jurídicos indeterminados.

Com efeito, para alguns autores, como Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (CARVALHO FILHO, 2005b, p. 28) a verdadeira discricionariedade existe quando, após o ato de interpretação (compreensão) da situação jurídica e da norma a ser aplicada, entende-se que há um espaço para a utilização da vontade do administrador em optar por determinado conteúdo do ato administrativo, ou o momento azado de editar o ato administrativo, ou os dois. (Fato que, como veremos adiante, não abarcaria os conceitos jurídicos indeterminados, pois na interpretação destes não haveria espaço de liberdade para a decisão volitiva do administrador, mas sim espaço para apreciação hermenêutica do administrador.)

Desta forma, como adiantado anteriormente, para os autores mencionados, a verdadeira discricionariedade exsuriria quando, a partir da interpretação do ordenamento jurídico, e da aplicação do Direito no caso concreto, surgisse um espaço para que o administrador completasse o comando da norma por uma decisão sua; aquela decisão que, em sua opinião, é a que melhor remete a uma finalidade de interesse público.

Já para Bandeira de Mello (1998, p. 22-23), como vimos, e conforme será melhor explicitado adiante, a discricionariedade abarcaria também eventual espaço de apreciação hermenêutica trazida pelos conceitos fluidos ou imprecisos, na medida em que, situações haverá em que a interpretação destes conceitos não gerará uma solução unívoca e uniforme, e,

nesta medida, abrir-se-ia um leque de possibilidades razoáveis para a inteligência do administrador.

Merece relevo também citar a doutrina de Cardoso (2006, p.20), que traz um novo campo de liberdade decisória administrativa, que não se confunde com a discricionariedade.

Especifica o autor:

outra questão em voga na atualidade, relacionada com a discricionariedade administrativa, mas que com ela não se confunde, por sua especialidade, é a da aplicação pela Administração Pública, de normas finalísticas, denominadas usualmente de diretrizes, objetivos, normas de bem coletivo, ou normas de políticas públicas (policies), postas muitas vezes como princípios da Administração, e equiparadas a estes em sua forma de aplicação. (CARDOSO, 2006, p.20).

Para Cardoso (2006, p.20-21), conforme será melhor detalhado mais à frente, a ação concreta do administrador na aplicação de normas finalísticas, pelo seu caráter normativo fluido, equivale em seu *modus operandi* à aplicação dos princípios⁴. E que, por esta especialidade, tal aplicação merece uma categorização especial, apartando-a da mera discricionariedade, que cingir-se-ia à liberdade decisória advinda da aplicação de regras.

Feitos os registros, neste ponto, vale lembrar que, em qualquer caso, não existe discricionariedade plena; já que esta, a discricionariedade somente alcança alguns dos elementos do ato administrativo.

Com efeito, são elementos do ato administrativo: o sujeito, o objeto (conteúdo do ato), a forma, o motivo (hipótese de exarcação do ato) e a sua finalidade. (DI PIETRO, 2007, p. 199). E a discricionariedade normalmente só alcança os elementos objeto e o motivo.

Isto porque o elemento sujeito é vinculado, pois a norma de regência deve estabelecer quem é o agente competente para expedir o ato. Também em relação à forma, normalmente o ordenamento aplicável prevê a forma que deve revestir determinado ato administrativo. Ficando assentado, porém, que, em alguns casos, a norma faculta a utilização de mais de uma possibilidade de formalização para o ato em questão (DI PIETRO, 2007, p. 199).

Como é considerada vinculada a face do interesse público que deve ser, em qualquer caso, auferido com a expedição do ato administrativo (DI PIETRO 2007, p. 199).

É certo que Bandeira de Mello (2002, p. 380) discorda desta aceção na medida em que considera que pode haver uma margem de apreciação quanto à providência específica que redundará no interesse público.

⁴ Em face da utilização da sistemática da ponderação.

Porém, o que ora é pugnado é que pode haver uma margem de apreciação discricionária quanto ao conteúdo em si do ato, ou quanto ao momento de sua efetivação, porém, sempre o interesse público (e a efetivação do projeto constitucional) terá que ser alcançado.

Tudo porque, em qualquer caso, a discricionariedade se direciona, em última análise, à consecução do interesse público (DI PIETRO, 2007, p. 199). Ou, no dizer de Freitas (2007, p. 19-27), na discricionariedade legítima, a liberdade é dada para facultar a melhor conformação possível, e não para obstá-la, sendo que por melhor conformação possível, entende-se aquela que atende ao plexo axiológico da constituição federal.

E, pela afetação à busca pela melhor solução possível, é o controle ínsito à discricionariedade. Neste sentido, Carvalho Filho (2005b, p. 38): “a moderna doutrina, sem exceção, tem consagrado a limitação ao poder discricionário, possibilitando maior controle do judiciário sobre os atos que dele derivem.”

Raciocínio que pode, por óbvio, ser estendido a outras instâncias de controle como o Ministério Público e os Tribunais de Contas. Daí porque defendemos que a discricionariedade tem que ser necessariamente balizada pelo princípio constitucional da sustentabilidade, como forma de garantir a consecução permanente do interesse público e a viabilidade do projeto constitucional.

Falamos do que a doutrina estabelece como real discricionariedade. De outra parte merece relevo verificar se os conceitos jurídicos indeterminados representam um efetivo espaço de liberdade para o administrador? Vejamos a seguir.

2.7.4 Conceitos jurídicos indeterminados

Estipula Engisch (2001, p. 208) que conceito indeterminado é o “conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos.” Sendo que, para o autor, “os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte” (ENGISCH, 2001, p. 209).

Realmente, conceitos indeterminados como interesse público, calamidade pública, utilidade pública, bons costumes, entre outros são dotados de um núcleo conceitual (ao qual corresponde uma zona de certeza positiva e uma zona de certeza negativa), e de um halo conceitual, ou seja, uma zona cinzenta onde não são claros os contornos jurídicos do conceito indeterminado.

O núcleo conceitual exsurge “sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito”, como a escuridão prevalente em uma noite sem luar por volta da meia noite (ENGISCH, 2001, p. 209). Podendo ser este núcleo conceitual uma zona de certeza positiva ou negativa.

E o halo conceitual corresponde à indefinição, à zona de incerteza, onde não se pode afirmar com absoluta precisão a extensão do conceito indeterminado. Desta forma, na aplicação de tais conceitos, a tarefa do administrador não seria valorar o caso concreto de acordo com sua volição; mas sim interpretar o conceito indeterminado, para especificá-lo à luz do caso sob apreciação.

Por isso, como já adiantado, autores como Garcia-Enterria e Tomás-Ramon Fernandez entendem que não há margem de liberdade na apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados (CARVALHO FILHO, 2005b, p. 28).

Isto porque, para tais autores, o conceito jurídico seria indeterminado em abstrato, ou seja, na hipótese da norma, mas não o seria no caso concreto. Ou seja, quando da aplicação, à luz da situação fática, o que era indeterminado se concretiza, e a solução que antes aparecia como imprecisa, na aplicação da norma resta especificada à luz do interesse público, que deve ser aferido sempre como solução administrativa (CARVALHO FILHO, 2005b, p. 28).

Nesta medida, exatamente porque a melhor solução é sempre de ser adotada no caso concreto, é que, para Garcia-Enterria, no caso de conceitos jurídicos indeterminados, não haveria margem alguma de apreciação para o administrador, já que este terá que adotar a melhor solução possível, aquela que individualizaria a decisão a ser tomada e eliminaria a discricionariedade.(CARVALHO FILHO, 2005b, p. 28).

Porém, de outra parte, temos posição diversa adotada por Bandeira de Mello (1998, p. 22-28), que enquadra os conceitos jurídicos indeterminados entre os aspectos discricionários do ato administrativo, ou seja, como um espaço de discricionariedade, na medida em que a norma em abstrato não prefigura a solução específica a ser adotada pelo administrador. Ao contrário do que ocorre na vinculação, onde a hipótese da norma, interpretada no caso concreto, admite apenas uma solução possível a ser adotada pelo gestor.

Neste passo, para o autor (BANDEIRA DE MELLO, 1988, p. 22-28) a discricionariedade exsurge pelo contraponto à vinculação, e pela possibilidade de uma margem interpretativa (e não volitiva) na inteligência de tais conceitos.

Cardozo (2005, p. 69), explica muito bem este contraponto entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, especificando três possíveis relações entre conceitos jurídicos indeterminados e conceitos discricionários.

Primeiro, uma absoluta identidade entre conceitos discricionários e conceitos jurídicos indeterminados; segundo, que os conceitos jurídicos indeterminados poderiam gerar ou não um poder discricionário, do que decorreria que certos conceitos jurídicos indeterminados gerariam uma aplicação discricionária e outros não; e a terceira hipótese, de que conceitos jurídicos indeterminados jamais gerariam conceitos discricionários.

Para o mencionado autor, a primeira opção é de ser superada desde logo, na medida em que na aplicação em concreto da norma jurídica, pode-se estar em vista algo incluído na zona de certeza, o que implicaria a não aceitação da tese da absoluta correlação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade (CARDOZO, 2005, p. 69).

Mesmo pensamento vale para a terceira opção, pois se o enquadramento jurídico da hipótese estiver no halo conceitual e for impossível averiguar se a hipótese concreta alberga uma única resposta possível, então há que se refutar a terceira hipótese (CARDOZO, 2005, p. 69).

Deste modo, vale a resposta intermediária, que exsurge da confluência entre as hipóteses anteriores, de que haverá casos em que, no caso concreto, vislumbrar-se-á com certeza a solução preconizada no ordenamento jurídico – e nesta medida não haverá margem de liberdade ao administrador.

Pois, se houver mais de uma hipótese, razoável e sustentável, em termos de possibilidade de interpretação/aplicação, abre-se o entendimento de possibilidade de utilização da capacidade valorativa do agente estatal, para escolher a melhor interpretação para o caso concreto.

Neste sentido, Bandeira de Mello (1998, p. 22-23): “muitas vezes – exatamente porque o conceito é fluido – é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isso, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas seja igualmente razoáveis.”

Para depois arrematar: “eis porque não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos fluidos é estranho ao tema da discricionariedade.” E é justamente por causa deste raciocínio que o autor mencionado inclui os conceitos jurídicos indeterminados na seara da discricionariedade (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 22-23).

Neste ponto, não há que se negar (como Bandeira de Mello) que casos haverá, até pela multiplicidade de interesses contrapostos e pela complexidade da modernidade reflexiva em que vivemos, em que mesmo após o processo interpretativo; não haverá absoluta certeza se a solução indicada seria a melhor possível, ou se haveria outra que atenderia ao comando da norma (e preencheria o conceito jurídico indeterminado) com igual excelência.

Nesta situação, haveria sim entre duas interpretações igualmente possíveis, uma margem de discricionariedade epistêmica que não pode ser sindicada perante o judiciário ou outros órgãos de controle, já que, como visto anteriormente, em face do princípio da separação de poderes, é o administrador o agente capacitado para tomadas de decisões administrativas; e no caso de interpretações igualmente excelentes, não pode o órgão controlador querer substituir a subjetividade do administrador pela sua.

Nesta medida, arrematando a questão, e como já adiantado, há sim uma diferença qualitativa entre o que chamamos de real discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. A real discricionariedade denotaria a situação em que o administrador utilizando sua vontade, completa a norma, em juízos de conveniência e oportunidade. E nos conceitos indeterminados o administrador interpreta a norma, adotando a solução que melhor contempla o interesse público.

Sendo certo que, como ficou assentado, muitas vezes, o resultado da interpretação pode não ser unívoco, gerando uma margem de liberdade hermenêutica, margem esta chamada por Bandeira de Mello (1998) também de discricionariedade.

De toda sorte, em um caso ou em outro, estamos falando em espaços de aferição da liberdade na aplicação do Direito, e ambos vinculados ao interesse público e à sustentabilidade.

2.7.5 Diretrizes, objetivos e aplicação de normas finalísticas

Para finalizar este tópico, temos que, como delineado acima, segundo a doutrina de Cardoso (2006, p.20-22) deve ser apartada da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados, por sua especialidade, uma terceira categoria de liberdade decisória, qual seja: a aplicação da legislação finalística fixada em diretrizes, objetivos e normas de políticas públicas.

Isto porque, para tal categoria de aplicação, derivada de normas de caráter geral, de baixa densidade normativa, que em regra apenas definem os as diretrizes e os objetivos da aplicação, como as leis que fixam as diretrizes, objetivos, políticas e princípios que devem nortear a ação das agências reguladoras; utiliza-se uma estrutura diferente da utilizada pela discricionariedade em geral, que deriva normalmente da aplicação de regras (CARDOSO, 2006, p.20).

Para tais categorias de normas, pelo seu caráter fluido, deve haver um processo de contextualização destas diretrizes, políticas e objetivos à luz de todo o arcabouço de

princípios mais gerais do direito administrativo, e de todo o arcabouço de princípios constitucionais, notadamente aqueles protetivos dos direitos fundamentais.

E, como estas diretrizes, políticas e objetivos têm a estrutura de princípios, então têm que ser vistas como mandamentos de otimização, que devem ser aplicados em sua maior medida possível, dentro de marco de possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Ou seja, o resultado da aplicação das diretrizes, políticas e objetivos dependerá do contexto jurídico, ou seja, da ponderação das diretrizes da legislação finalística com o conjunto dos outros princípios constitucionais e administrativos, a teor da situação fática respectiva. Sendo tal ponderação feita à luz da regra da proporcionalidade. (CARDOSO, 2006, p.21).

Neste sentido, arremata CARDOSO (2006, p.22):

Desta forma, o poder discricionário e a aplicação de diretrizes/objetivos/princípios, por tratarem de normas de direito vago que almejam a eficiência administrativa, deverão pautar-se pela regra da proporcionalidade, quer seja no atendimento de um conceito amplo de finalidade pública (discricionariedade administrativa) quer seja no atendimento da finalidade pública específica delineada em diretrizes/objetivos/princípios em legislação setorial.

Deste modo, verifica-se que, em qualquer caso (discricionariedade pura, conceitos jurídicos indeterminados, ou diretrizes e objetivos de legislação finalística) a liberdade decisória administrativa tem que ser voltada ao interesse público, ou seja, à concretização do projeto constitucional.

Importa, então, perquirir se na vida fática, os espaços de liberdade são sempre bem utilizados, ou se podem servir a interesses egoísticos. Discutiremos este tema a seguir.

2.8 LIBERDADE DECISÓRIA E INTERESSES EGOÍSTICOS

Como vimos, uma leitura absolutamente dogmática e positivista do Direito, visando apenas o prisma normativo é não só insuficiente, como assim pode gerar consequências de alheamento, dominação, manutenção das posições de poder e reverência aos interesses egoísticos.

O próprio Hesse (1991, p. 19-21) estabeleceu que determinados movimentos da realidade social são aptos, inclusive, a extirpar a eficácia do projeto constitucional. Neste sentido, imaginar o Direito como um sistema alheio à determinação social seria uma ilusão (BOURDIEU, p. 210-211).

Por isso, para bem aplicar o Direito, urge compreender não apenas a norma, e suas vinculações sistemáticas internas no âmbito do ordenamento jurídico; mas também urge analisar toda a faticidade que exsurge da realidade social, que, por um lado, influenciará na hermenêutica e aplicação do Direito (como veremos adiante, os intérpretes estão no mundo e são influenciados por este mundo: a tradição); e de outro, será importante norte para que esta hermenêutica e aplicação do Direito possa regular e conformar esta mesma realidade social. Vejamos.

Realmente, em relação à realidade social como influência (ou apoderação), explica Bourdieu (1989, p. 210) que o Direito está muito longe de ser um sistema autorreferido, sem o peso das forças sociais. Não, muito pelo contrário, para Bourdieu (1989, p. 210), o Direito e a Jurisprudência são um reflexo direto das relações de força existentes, notadamente as forças econômicas, servindo como instrumento de dominação, em favor das classes privilegiadas.

Neste passo, o Direito não caminharia com suas próprias forças, ou somente sob os auspícios de sua pura lógica interna. O Direito espelharia também o complexo de forças sociais predominantes e seria instrumento de legitimação destes e de manutenção de suas posições de poder (BOURDIEU, 1989, p. 210-211).

E que a crença de que o Direito é um sistema autorreferido, baseado em equidade e racionalidade (o que garantiria a adesão dos dominados à ordem vigente), seria apenas uma forma de realçar a sua força simbólica (e toda sua capacidade de dominação). (BOURDIEU, 1989, p. 210).

Neste sentido, explica Bourdieu (1989, p. 215-216) que tal sentimento de racionalidade, a ilusão de que o Direito seria autorreferido, exsurgiria, dentre outros meios, da utilização de elementos de linguagem, onde, por meio da neutralização (com o uso de construções passivas e frases impessoais, por exemplo) e da universalização (como o uso do indicativo na enunciação das normas) da linguagem jurídica, obter-se-ia uma crença de o Direito é neutro, impessoal e universal; ou seja, uma crença de que a norma será criada e terá sua aplicação independente de fatores econômicos ou sociais de poder.

Como ainda, isto seria fruto de um intenso trabalho da doutrina, a quem caberia sempre sistematizar, argumentar e justificar o corpo jurídico como algo rigoroso e racional. (BOURDIEU, 1989, p. 214).

Neste sentido, o ato relativamente arbitrário de decidir (como decidir que precedente se aplica em que caso e em que medida, já que os casos nunca são absolutamente iguais), ganharia contornos de racionalidade e objetividade, o que serviria para esconder como as

forças dominantes condicionam o Direito em favor dos seus propósitos (BOURDIEU, 1989, p. 230-231).

Desta forma, as forças políticas e econômicas (e seus interesses egoísticos) podem colonizar o Direito e direcioná-lo não a objetivos de interesse coletivo, mas sim a interesses próprios de legitimação das classes dominantes.

Sendo certo que, muitas vezes, estas tentativas de captura do Direito e da própria constituição assumem contornos de sufocar e inviabilizar o projeto constitucional; e a partir daí, toda a sustentabilidade da eficácia da Lei Magna pode restar ameaçada, como assim o próprio futuro, já que as forças que ameaçam a constituição, em grande medida, são as mesmas que ameaçam o porvir.

Por outro lado, o olhar do intérprete não tem que se focar somente nos perigos vindos dos fatores reais de poder. O intérprete tem que ter um olhar também no resultado da conformação social, no sentido de aperfeiçoar e perceber se a própria ordem constitucional está sendo bem sucedida; ou seja, se a constituição em sua perspectiva transformadora (SUNSTEIN, 2001a, p. 05), está efetivando o seu trabalho de conformação da realidade social, de acordo com o seu projeto constitucional.

Inclusive no que pertine às ameaças trazidas pela modernidade, pela técnica e pelo desenvolvimento, que trazem, como vimos, sempre novos desafios. Neste ponto, vale lembrar o novo imperativo categórico trazido por Jonas (2015, p. 215) de que o caminho depende sempre do que foi feito no último passo; pois, a cada passo, novas ameaças surgem e o caminho pode ter que ser refeito.

Explicando de outro modo, a realidade social também serve de parâmetro para verificar se o projeto constitucional está sendo bem sucedido, se as promessas constitucionais estão sendo efetivadas, e se todas as condições de possibilidade do ser da constituição estão sendo albergadas. E se o projeto constitucional tem condição de ser cumprido no futuro.

Ou se a constituição está inserida numa perspectiva simbólica, onde há um absoluto descompasso entre a constituição normativa e a realidade da práxis social. Ou seja, conforme acentua Neves (2011, p. 91): “o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada.” Ou ainda, em caracterizar-se por “uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas, conforme as determinações dos dispositivos da Constituição.” (2011, p. 92).

E o que pode ser pior, se o projeto constitucional em tese serve como elemento de normalização das expectativas e de instrumento de dominação social; por haver “um bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela

injunção de outros códigos sistêmicos e por determinações do mundo da vida.” (NEVES, 2011, p. 93).

Nesta medida, “ao código lícito/ilícito sobrepõem-se outros códigos diferença orientadores da ação e vivência sociais.” (NEVES, 2011, p. 93).

Sendo ainda mais relevante, o alerta de Neves de que, em alguma medida, todas as constituições normativas têm sua carga simbólica, apenas que, em alguns casos, este simbolismo fica hipertrofiado e atinge uma parte essencial do núcleo da constituição (o âmago do projeto constitucional) e acaba imunizando o sistema político contra outras alternativas (NEVES, 2011, p. 98).

Deste modo, em função da realidade mutável, da mudança de paradigmas, e da lógica da dominação vinculada ao ordenamento jurídico não faz absoluto sentido um Direito vinculado a verdades inexoráveis e imutáveis. Um Direito entregue a paradigmas do passado (tradição inautêntica), vinculados a uma realidade social não mais presente, ou a uma expectativa social que não está mais vigente.

Daí a advertência de Feitosa (2012, p. 147-153), que prega uma abordagem científica do Direito, com vista a superar o paradigma positivista, isolado de determinações sociais, isolado da perspectiva histórica e focada apenas no conteúdo normativo, como se a norma isoladamente, sem olhar para o seio social, pudesse concretizar o seu escopo de regular a vida em sociedade.

É de se mencionar, na análise das funções do Direito que, em sendo este um fenômeno social, o ponto de partida não pode ser o indivíduo isolado e sim o ser social. Fora disso o direito perde o sentido e qualquer teoria perde, na tentativa de explicá-lo desta forma, potencial heurístico, o que pode se dar ou por um erro metodológico ou por distorção ideológica deliberada do objeto. Ver o sujeito de direito como indivíduo isolado – é assim que o concebe o paradigma liberal – e não como resultado de um processo histórico que ocorre perante nossos olhos constitui-se um erro metodológico de imaginar uma suposta produção do indivíduo fora da coletividade. (FEITOSA, 2012, p. 153).

Neste sentido, a saída para o Direito é a busca da totalidade, ou seja, mergulhar no mundo dos fatos, sob todos os prismas e conexões possíveis, para entender como a realidade social condiciona o Direito; e a partir daí denotar as melhores estratégias para que o Direito possa objetivamente ser instrumento de transformação social (FEITOSA, 2012, p. 154).

Exatamente porque percebendo o que é a realidade, e o que ela representa em termos de obstáculos, necessidades e oportunidades, pode o intérprete melhor aplicar o Direito, no sentido de que esta aplicação tenha o mister de execução do projeto constitucional.

Sendo que isto é particularmente importante em sede de controle da liberdade decisória, já que, na busca do melhor direcionamento para uma determinada situação, urge que se compreenda não só a realidade fática que precisa ser transformada e todas as suas implicações, inclusive os privilégios que ela chancela; mas também as consequências e resultados desejados desta transformação; levando em conta, inclusive, a advertência de Jonas (2015) da necessidade de precaução, pois muitas vezes em termos de consequências de intervenções humanas, estas podem ser imprevisíveis. E daí a necessidade do uso da heurística do temor.

2.9 LIBERDADE DECISÓRIA E A PROTEÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Em existindo ameaças trazidas pela realidade social, o primeiro papel do operador do Direito, especialmente aqueles que são agentes estatais, é proteger a constituição e sua eficácia. Tudo porque, se a constituição é o fundamento do ordenamento jurídico, na medida em que ela não tenha eficácia, todo o ordenamento jurídico será prejudicado.

Neste sentido, à luz de Haberle (2002) e Hesse (1991), em uma sociedade aberta de intérpretes todos os operadores devem ter a constituição como vértice interpretativo e legitimá-la a partir de seu esforço exegético, o que inclui os agentes estatais no uso de sua liberdade decisória.

Importa, portanto, definir como este trabalho de proteção e legitimação. Entendemos que um caminho seria proteger a essência da constituição, o seu cerne, a sua axiologia, as suas ideias mestras, que, se maculadas, esta, a constituição, perderia todo o seu sentido, e sua identidade.

Neste ponto, tem-se que estabelecer qual seria este cerne, que se ineficaz faria com que ruísse toda a identidade constitucional. O que é uma discussão relevante, pois se considerarmos que todo o espaço de decisão estatal deve seguir a moldura constitucional, então perceber os pontos mais relevantes desta moldura faz todo o sentido. Como assim, se estamos falando de sustentabilidade do projeto constitucional, esta discussão também é importante.

2.9.1 O argumento da centralidade da dignidade da pessoa humana

Neste ponto, poderia ser aduzido, como ideia-base da Lei Maior a dignidade da pessoa humana. Mas seria mesmo tal princípio o âmagô ou essência da constituição?

Realmente a dignidade da pessoa humana é um dos princípios-chave da Lei Maior, representando, na dicção de Barroso (2013, p. 272), um dos princípios reitores de toda a lógica constitucional.

Explicita o autor que a dignidade da pessoa humana reporta o consenso ético do mundo ocidental em termos de declarações de direitos, convenções internacionais e constituições; e o seu conteúdo mínimo é delineado, pelo valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia individual e o valor comunitário (BARROSO, 2013, p. 273).

O valor intrínseco da pessoa humana, em rápidas palavras, tem relação com a posição especial do ser humano no mundo, que o distingue dos outros seres vivos – posição fruto de sua racionalidade e da impossibilidade de ser instrumentalizado (BARROSO, 2013, p. 274).

A autonomia tem relação com o direito de cada ser humano de se autodeterminar, ou seja, de conduzir o seu próprio destino, de acordo com suas aspirações e sua personalidade (BARROSO, 2013, p. 275-276).

E o valor comunitário é o elemento social da dignidade, a dignidade vista de acordo com os valores compartilhados pela comunidade (BARROSO, 2013, p. 276-277). Neste prisma, para Barroso (2013, p. 272-277), a dignidade da pessoa humana denota um princípio síntese que procura significar toda a proteção jurídica que é de ser dada ao indivíduo, em função da sua condição de humanidade.

É um princípio relevantíssimo, mas, como veremos adiante, a essência que procuramos representa mais do que o fim; ela representa, em nosso sentir todo o caminho, representando os fins e meios que a constituição pretende em termos de conformação social. Neste sentido, talvez a dignidade da pessoa humana represente um fim último, mas não de forma completa os caminhos que devem chegar a este fim.

E como os meios são igualmente relevantes, já que não se pode imaginar, por exemplo, a concretização de direitos fundamentais, sem imaginar, por exemplo, o caminho econômico e financeiro, e a sistemática de escolhas com vista a tal concretização. Então, vislumbrar a dignidade da pessoa humana como único valor-chave, soa insuficiente.

2.9.2 O argumento da centralidade do princípio democrático

Outra proposta seria considerar o princípio democrático como o fulcro do sistema constitucional. Vejamos.

Na dicção de Britto (2006, p. 167-173), os princípios serão responsáveis pela unidade da constituição e pela sua estabilidade e atualização. Tudo porque é a partir do seu caráter aberto, é que a constituição buscará sua sintonia com as diversas e crescentes demandas sociais, caracterizadas em múltiplas aspirações e projetos de vida boa.

E, dentre os princípios materiais, Britto (2006, p. 183-186) identifica a democracia como o valor constitucional por excelência, ou seja, coloca a democracia como um megaprincípio – um princípio que identificar-se-ia com o próprio ser da constituição.

Tanto no que concerne à acepção formal de democracia, retratada na possibilidade de escolha, pelo povo, dos seus governantes (representantes), partilhando com estes o processo político.

Como em sua concepção de democracia substancial – ou seja, na configuração de um Estado Democrático de Direito – onde a efetiva finalidade do Estado e das normas jurídicas é voltar-se à concretização de valores que se marquem por uma vertente popular, que, em outras palavras, seria a efetiva concretização dos direitos fundamentais (BRITTO, 2006, p. 193-186).

Neste ponto, o autor fala em uma tríplice centralidade: a democracia no centro dos princípios constitucionais; os princípios constitucionais no centro da constituição e a constituição no centro do ordenamento jurídico (BRITTO, 2006, p. 188-189).

E que da democracia poderiam ser extraídos todos os demais princípios: o princípio federativo (com a ampliação das esferas de poder, limitando-o); a separação de poderes (pelo mesmo motivo); a República (pela simetria entre o exercício do poder pelo povo e o fato de ser este, o povo, o titular da coisa pública); e os direitos e garantias individuais, pois se o poder é exercido pelo povo e para o povo, tem-se por óbvio que serão respeitados os direitos que qualificam este povo, enquanto indivíduos (seres humanos) e cidadãos. (BRITTO, 2006, p. 188-189).

Por isso, seria, para Britto (2006), a democracia, o princípio fundante de toda a ordem constitucional. Neste contexto, portanto, poder-se-ia afirmar ser a democracia, então, a essência que estamos procurando. A tessitura que daria identidade à constituição? Pedimos vênica para entender que não. Pelos motivos que nos levaram a refutar a dignidade da pessoa humana para tal mister.

Dizemos isso porque, para os fins que buscamos neste artigo, a essência representaria todo o caminho, fins e meios que a constituição pretende em termos de conformação social. Ou seja, o delineamento plasmado pelo poder constituinte originário para aquele determinando meio social.

Neste sentido, temos que a democracia representa bem os meios, o modo de chegar a determinado fim. Mas, em nossa visão, é insuficiente quanto aos fins que devem ser alcançados e pouco denota quanto ao caminho a ser trilhado.

Para efeito argumentativo, adotaremos como conclusão provisória que a essência da constituição é o próprio projeto constitucional, pois este representa os fins e metas que devem ser definidos pela conformação normativa trazida pela constituição, como também os meios que podem ser manejados para atingir tal fim. Representa, portanto, o caminho, o sentido, o que melhor ilustra o sentimento de ser da constituição.

Sendo certo que, para um aprofundamento desta questão, acerca do ser da constituição, urge um aprofundamento hermenêutico. Aprofundamento justificado na medida em que, como vimos anteriormente, tanto o exercício da discricionariedade, como a inteligência dos conceitos jurídicos indeterminados demandam esforços hermenêuticos.

Como, ainda, porque, se estamos querendo reconhecer, no ordenamento aplicável, uma moldura concernente ao princípio da sustentabilidade, e apta a condicionar o exercício da liberdade decisória estatal, então, adentrarmos na seara da Hermenêutica faz todo o sentido.

Deste modo, para o deslinde final do presente trabalho, urge denotar, em termos de Hermenêutica e aplicação do Direito, a moldura aplicável em termos de sindicar a liberdade decisória dos agentes estatais. E, para tanto, demanda-se um exercício interpretativo, utilizando a teoria hermenêutica à luz do princípio da sustentabilidade. Exercício que começamos a partir de agora.

3 A HERMENÊUTICA E A SUSTENTABILIDADE COMO BALIZA PARA A LIBERDADE DECISÓRIA

Como vimos acima, o espaço de decisão para a tomada de decisão estatal surge basicamente da compreensão por parte do intérprete de que o ordenamento jurídico lhe proporcionou este espaço de decisão.

No caso legislativo, da constatação que a constituição não conformou todos os espaços normativos possíveis, deixando no interior dos contornos de sua moldura, um âmbito de regulação passível de ser exercido pelo legislador ordinário.

E, no caso administrativo, da percepção que a constituição e as leis, do mesmo modo, legitimaram o administrador a utilizar o seu elemento volitivo, o seu critério de conveniência e oportunidade, para sopesar, dentro das hipóteses permitidas pela moldura, a melhor decisão a ser manejada no caso concreto.

Vimos, ainda, a questão dos conceitos jurídicos indeterminados, onde não haveria uma real discricionariedade/liberdade, apenas uma norma que não teria concreção em abstrato, mas que, ao ser interpretada no caso concreto, espelharia, à luz deste caso concreto, a providência a ser desempenhada pelo administrador.

Por outro lado, foi denotado ainda, que, em que pesem as vozes em contrário de que o resultado interpretativo do conceito jurídico indeterminado sempre seria unívoco, haverá casos em que possa ser vislumbrada mais de uma exegese razoável possível, e em o administrador adotando uma destas soluções razoáveis possíveis, este não pode ser objeto de censura. Daí se falar também em um espaço de liberdade neste sentido.

Falou-se, outrossim, sobre a aplicação da legislação finalística, consubstanciada em diretrizes, objetivos e princípios, feita sob o prisma da ponderação, o que demanda também o uso da exegese para compreender a moldura jurídica aplicável ao caso concreto.

Percebe-se, portanto, que o manejo da discricionariedade, como a inteligência dos conceitos jurídicos indeterminados, como assim a ponderação da legislação finalística têm absoluta correlação com um esforço hermenêutico.

No caso da discricionariedade propriamente dita, avultará a necessidade, em um primeiro momento, de verificar se a moldura constitucional e/ou legislativa abarca o espaço de liberdade utilizado pelo agente estatal; como ainda, depois sindicar se este espaço de liberdade foi bem utilizado. Onde se verifica que, em termos lógicos, discricionariedade legislativa e administrativa se aproximam, pois ambas, em última análise, demandam a apreciação da moldura aplicável para ver se a solução preconizada se ajusta e se conforma a esta mesma moldura.

No que pertine aos conceitos jurídicos indeterminados, importará saber se a exegese efetivada do conceito indeterminado enquadra-se dentre as interpretações razoáveis possíveis.

E, na ponderação, quando da aplicação da legislação finalística, urge verificar se a solução adotada se coaduna com os fins de interesse público, tanto os previstos para a determinada demanda setorial, como os previstos de modo sistêmico, no arcabouço geral do ordenamento jurídico, inclusive o princípio da sustentabilidade.

Neste prisma, tem-se que, em todos os casos, demanda-se um ato hermenêutico, um ato de compreensão.

Como assim, tem que se interpretar/compreender as dificuldades trazidas pela realidade social, na medida em que o Direito somente pode conformar uma realidade que por ele seja conhecida.

Por isso, para investigarmos a influência da sustentabilidade na discricionariedade em sentido lato, demanda-se avançar na compreensão do que seja uma hermenêutica reverente ao projeto constitucional e o futuro. O que faremos a partir de agora, denotando inicialmente a complexidade do exercício hermenêutico.

3.1 A COMPLEXIDADE HERMENÊUTICA

A Hermenêutica é fascinante. O ato compreensivo, a percepção do entendimento, a possibilidade de diferentes visões onde o individual e o coletivo têm que se equilibrar, fazem da Hermenêutica um capítulo complexo do mecanismo do conhecimento, e de outra parte um capítulo essencial do entendimento daquilo que nos cerca. Explicita Maximiliano (2000, p. 11):

Talvez constitua a Hermenêutica o capítulo menos seguro, mais impreciso da ciência do Direito; porque partilha da sorte da linguagem. Como esta é usada milhares de vezes inconscientemente, por aqueles que não conhecem os seus preceitos, a sua estrutura orgânica. A dificuldade para a teoria reside no estofo, na matéria, no objeto de estudo; bem como em o número ilimitado dos meios auxiliares e na multiplicidade de suas aplicações.

Tudo porque o ato de interpretar vai muito além de deslindar o significado aparente das palavras; ela vai ter que trabalhar com o múltiplo da linguagem, os múltiplos significados denotativos e conotativos que a palavra, via a linguagem, pode assumir, e que podem se modificar ao longo do tempo.

E mais especificamente em relação ao Direito, as exigências de conformação da ordem social se modificam e adquirem novas cores e novas necessidades. O paradigma positivista do intérprete boca da lei não mais se adequa às demandas da modernidade reflexiva e dos diversos conflitos que ela traz. Desafios que demandam norma, interpretação e o entendimento da dinâmica social.

Neste sentido, mais uma vez, Maximiliano (2000, p. 11):

O Direito não se resume à letra da lei. O paradigma estritamente positivista mostrou-se insuficiente e superado. E o direito não pode ser entendido apenas como a norma abstrata: Há desproporção entre a norma legislativa ou consuetudinária, e o Direito propriamente dito, cuja natureza complexa não pode ser esgotada por uma regra abstrata. Cabe ao exegeta recompor o conjunto orgânico, do qual a lei oferece apenas uma das faces.

E este trabalho de recomposição não pode nunca ser matemático, exato, em face das mutações nas demandas, dos múltiplos projetos de vida boa e das diferentes concepções do

mundo. Deste modo, a Hermenêutica é um eterno adequar-se, procurando superar estes desafios, notadamente, em termos de Hermenêutica Jurídica, e da regulação social dela resultante, onde deve ser equilibrada a possibilidade de existência de diversos caminhos de regulação, com a necessária segurança jurídica e previsibilidade na aplicação do Direito.

O que é agravado diante da precariedade da palavra, e do resultado desta precariedade à luz dos prejuízos e dos preconceitos; o que demonstra talvez a necessidade de um trabalho interminável de tecer e entender o tecido social, portando apenas uma linha e uma agulha.

A interpretação colima a clareza; porém não existe medida para determinar com precisão matemática o alcance de um texto; não se dispõe sequer de expressões absolutamente precisas e lúcidas, nem de definições infalíveis e completas. Embora clara a linguagem, força é contar com o que se oculta por detrás da letra da lei; deve ser encarada, como uma obra humana, com todas as deficiências e fraquezas, sem embargo de ser alguma coisa mais do que um alinhamento ocasional de palavras e sinais. (MAXIMILIANO, 2000, p. 11)

Deste modo, as colocações aqui delineadas demonstram toda a complexidade do mister de interpretar; e, neste sentido, como queremos resolver um problema hermenêutico no sentido da balizar a aplicação do Direito, em função da sustentabilidade; vale a pena uma pequena digressão no sentido de aprofundar-nos na seara da Hermenêutica enquanto ramo do conhecimento, especificando suas origens, suas vertentes e como estas vertentes se unem e se adequam no esforço de compreender a moldura da sustentabilidade.

O que passamos a fazer a partir de agora.

3.2 HISTÓRICO DO DESENVOLVIMENTO DA HERMENÊUTICA

Atribui-se a origem do vocábulo Hermenêutica ao grego, tendo como fontes o verbo *Hermeneuin*, que “significa declarar, anunciar, interpretar, esclarecer, levar à compreensão” (TEIXEIRA, 2012, p. 48), e o substantivo *Hermeneia*, com o significado de interpretação (CAMARGO, 2003, p. 24).

No grego, as palavras *Hermeneuin*, *Hermeneia* decorrem de Hermes, o Deus Mensageiro e inventor da palavra, o “enviado por Zeus para missões delicadas”, ou ainda, “arauto dos deuses” e “mensageiro de todos os mortais” (TEIXEIRA, 2012, p. 48). Sendo ele, Hermes, aquele que levava a ordem dos deuses aos humanos; funcionando, assim, como canal de comunicação, entre o Olimpo e os mortais. Era Hermes o Deus da linguagem e da escrita, instrumentos hermenêuticos por excelência.

Ainda na Grécia, para Camargo (2003, p. 24), a palavra Hermenêutica traduzia três acepções principais: *dizer, explicar e traduzir*. *Dizer*, conforme a atividade anunciadora da vontade dos deuses, revelando notícias fiéis das divindades; *explicar*, quando fica claro que as palavras racionalizam e clarificam algo, que deve ser compreendido, ganhando ênfase, assim, o aspecto discursivo da compreensão; e *traduzir* quando o intérprete torna inteligível aquilo que é estrangeiro, por exemplo.

Em Roma, a hermenêutica desenvolveu-se com a prática jurídica, e na Idade Média, com o seu caráter religioso, “assumindo o aspecto exegético da correta interpretação dos textos sagrados.” (CAMARGO, 2003, p. 25).

Porém, demorou alguns séculos para que houvesse uma unificação/sistematização da Hermenêutica, já que esta operava de forma assistemática por meio de três campos de estudo bem separados: a *Hermenêutica dos textos sagrados*, cujos estudos e os ofícios de interpretação eram exercidos pelos padres e membros de ordens religiosas (o que importantíssimo pela centralidade da Religião naquela época); a *Hermenêutica dos textos literários*, cujos estudos e ofício de interpretação eram desempenhados pelos escritores e professores de letras; e a *Hermenêutica dos Textos Jurídicos* focada na interpretação de leis e normas, cujos estudos e ofícios eram atribuídos aos juristas, que buscavam o entendimento primordialmente da aplicação dos comandos jurídicos ao caso concreto (GRONDIN, 2012, p. 12).

Neste sentido, a Hermenêutica teria um caráter auxiliar “no sentido que vinha syndicar uma prática de interpretação, que tinha necessidade de um socorro hermenêutico quando tinha de enfrentar passagens ambíguas ou chocantes.” (GRONDIN, 2012, p. 12).

Neste período as técnicas interpretativas eram estudadas e laboradas de modo apartado, envolvendo campos de estudo próprios, de acordo com o objeto a ser interpretado (se a Escritura Sagrada, se uma obra literária, se um comando normativo imposto pelo Direito).

A unificação da Hermenêutica deu-se, primeiro com o influxo de Danhauer (GRONDIN, 1999, p. 94-98), ganhando corpo e densidade no final do século XVIII, quando Schleiermacher propôs a unificação das técnicas de Hermenêutica, denotando uma metodologia geral da interpretação de textos, que poderiam ser sacros, literários ou jurídicos (TEIXEIRA, 2012, p. 53).

Neste sentido, Teixeira (2012, p. 54):

desde os seus primeiros esboços de hermenêutica, o filósofo germânico afirma a necessidade de uma hermenêutica geral, sustentando que ela se assenta no fato da

compreensão do discurso, do que decorreria, então, que a arte da compreensão é a arte de possuir ou dispor de todas as condições necessárias à compreensão.

Tal ponto de vista foi aperfeiçoado por Dilthey, que afirmou existirem dois tipos de ciências: as ciências humanas e as ciências da natureza. Estas últimas, as ciências da natureza, teriam uma índole eminentemente explicativa, no sentido de explicar as relações de causalidade que envolvem os fenômenos da natureza (TEIXEIRA, 2012, p. 57).

Diferentemente seria o objeto das ciências humanas, que envolveria uma atividade de índole notadamente psicológica, de compreensão da atividade humana, sendo que esta compreensão seria revelada exatamente pela interpretação. (TEIXEIRA, 2012, p. 57).

Neste passo, haveria uma dicotomia entre explicar e compreender; e o ato de compreender passaria pelas técnicas do interpretar – objeto da hermenêutica.

Consoante Teixeira (2012, p. 57), Dilthey afirmava que:

se explicamos a natureza, compreendemos a vida anímica, pelo que a fundamentação psicológica das ciências do espírito não poderia fazer-se com base numa psicologia explicativa ou construtora, que pretendesse subordinar toda a vida psíquica a uma conexão causal mediante um número limitado de elementos univocamente determinados, mas sim a partir de uma psicologia descritiva e analítica, que fosse a explicação das componentes e dos nexos que se apresentam, uniformemente, em toda a vida psíquica humana desenvolvida, entrelaçados em uma única textura, que é simplesmente vivida e não interpolada ou inferida pelo pensamento, uma psicologia que fosse a descrição e a análise de uma conexão que, de modo originário, nos é dada pela própria vida.

Sendo certo que a contribuição de Dilthey para a hermenêutica foi relevantíssima, tanto que, conforme veremos adiante, este influenciou decisivamente as vertentes ontológica e metodológica da Hermenêutica. A ontológica no que pertine aos estudos do mecanismo da compreensão. E a metodológica quanto ao seu argumento de que era possível uma compreensão objetiva, já que “não só encontramos as mesmas funções e os mesmos elementos constitutivos em todos os homens, como é o mesmo mundo externo que se reflete nas suas representações.” (TEIXEIRA, 2012, p. 61).

Um herdeiro na contemporaneidade das ideias de Schleiermacher e Dilthey (este quanto à compreensão objetiva) foi exatamente Emilio Betti, que, com sua Teoria Geral da Interpretação, propôs uma metodologia geral da interpretação, procurando cânones racionais que impusessem, na medida do possível, um caráter de objetividade ao ato interpretativo; ou seja, que este não se rendesse à subjetividade do intérprete (TEIXEIRA, 2012, p. 62-64).

Betti, portanto, segue os paradigmas deixados por Schleiermacher e Dilthey, e por seguir cânones bem definidos, do que pode ser assentado como um representante de uma Hermenêutica metodológica. (TEIXEIRA, 2012, p. 64).

Em contraponto ao viés metodológico e objetivador de Betti, eis que temos os ensinamentos de Heidegger, propondo um caráter ontológico para a Hermenêutica (TEIXEIRA, 2012, p. 65).

Para Heidegger, decifrando o homem, pode ser decifrado o discurso, fruto da linguagem, atributo próprio do ser humano. Isto porque o homem compreende o mundo, e também compreende a si mesmo. O homem existe compreendendo, e é com base nesta compreensão de si mesmo, que o homem deve desenvolver o seu trabalho hermenêutico, pois é compreendendo que se movimenta a existência humana (CAMARGO, 2003, p. 29).

O objeto da Hermenêutica seria o *dasein*, o *ser aí*, o ser no mundo, ser no tempo, o ser para a morte, o ser com os outros. O ser que vive o mundo das coisas, mas que também busca o sentido da existência. E que este sentido somente pode ser compreendido tendo em conta a imersão deste indivíduo no mundo (pois o ser está lançado aí) (GRONDIN, 2012, p. 38-42).

Neste sentido, propõe Heidegger uma ruptura hermenêutica, deixando esta de representar regras ou cânones interpretativos (como asseverava Betti) e passa a expressar um processo ontológico, de compreensão do próprio homem. À Hermenêutica caberia meditar sobre o sentido do ser; descrever a condição humana, interpretar o homem e assim explicitar a sua humanidade (TEIXEIRA, 2012, p. 65-69).

Heidegger propõe um círculo hermenêutico dialético entre compreender e interpretar, e entre compreensão e interpretação, o mistério da condição humana poderia ser desvelado.

Heidegger teve Gadamer como discípulo, sendo que este, em seu Verdade e Método, seguiu as idéias do mestre, desenvolvendo sua argumentação no sentido de que a linguagem é o campo próprio da atividade hermenêutica; e especificando que o ser que pode ser compreendido é a linguagem (GRONDIN, 2012, p. 75-79).

Gadamer propugnava que a Hermenêutica era apreendida levando em consideração o condicionamento histórico do homem, e buscando compreender este mesmo homem, sendo que compreender seria aplicar um sentido a nossa situação atual (GRONDIN, 2012, p. 70-72).

Neste sentido, Gadamer propunha um caráter subjetivo à Hermenêutica, pois seria exatamente o intérprete que poderia modificar o sentido da tradição, trazendo inovações para esta, com vista a uma melhor aplicação à situação atual; argumento que ia de encontro por completo às idéias de Betti, que propunha uma Hermenêutica mais objetiva e independente da vontade e perspectiva do interprete.

Criticando a vertente ontológica surgiu a Hermenêutica crítica, cujos expoentes foram Apel e Habermas (TEIXEIRA, 2012, p. 82-89).

Neste ponto, merece relevo especificar quais seriam os óbices levantados pela Hermenêutica crítica contra a Hermenêutica ontológica. Com efeito, Apel e Habermas criticavam exatamente a Hermenêutica ontológica por esta se basear na linguagem, sendo que a linguagem poderia ser instrumento de dominação ou até mesmo de massacre. Que a verdade fruto do esforço hermenêutico poderia ser falseada; neste sentido, a atividade hermenêutica deveria revelar uma atividade dialética em busca da emancipação do homem, percebendo as contradições da comunidade de linguagem ao qual o mesmo faz parte e libertando-o de jugos e dominações que poderiam vir travestidas de tradição (TEIXEIRA, 2014, p. 82-89).

Numa perspectiva de tentar sintetizar tudo o que foi dito até aqui, Paul Ricoeur trouxe como novidade uma tentativa de traçar um diálogo entre a tendência ontológica da Hermenêutica e a tendência metodológica, pondo em relevo a perspectiva ontológica, mas valorizando o método.

Buscava como seus precursores a decifração da linguagem, mas sempre por critérios metodológicos apropriados, de modo a propor uma Hermenêutica Universal (também chamada de meta Hermenêutica), que inclusive superasse os óbices levantados pela Hermenêutica crítica de Apel e Habermas (GRONDIN, 2012, p. 100-102).

Neste ponto, Ricoeur trouxe a percepção de que o que Gadamer e Habermas pregavam era algo semelhante, apenas com enfoques diversos, onde Gadamer via a tradição com mais consideração, e Habermas a via com mais desconfiança (GRONDIN, 2012, p. 100-102).

Nestes termos, Ricoeur sintetizou que a Hermenêutica trabalharia entre dois pólos: uma Hermenêutica de confiança, que privilegiaria a tradição e os cânones desenvolvidos até o momento; e uma Hermenêutica de suspeita que exatamente discutiria a validade das soluções interpretativas trazidas pela tradição (GRONDIN, p. 100-102).

Fizemos este resumo não só para contextualizar a Hermenêutica, como para demonstrar suas duas perspectivas principais. A Hermenêutica metodológica e a Hermenêutica ontológica. Que, como veremos adiante, são balizas relevantes para o processo de interpretação/aplicação do Direito.

Frise-se que a Hermenêutica metodológica, cumpre uma missão relevante por melhor clarificar o caráter sistemático do ordenamento jurídico; e a ontológica por explicitar com mais ênfase o processo cognitivo de compreensão da matéria interpretada e o estabelecimento de sua essência. Sendo ambas as aproximações relevantes no mister de deslindar a aplicação correta do Direito.

Neste sentido aprofundaremos estas duas vertentes hermenêuticas, a ontológica, tendo por base uma aproximação maior com os ensinamentos de Heidegger e Gadamer; e a

metodológica, com base no trabalho de Emilio Betti. A justificativa da escolha dos autores citados decorre do fato de que o estudo dos autores mencionados será suficiente para as conclusões e o escopo do presente trabalho, o que não impedirá a citação de outros autores, de modo a enriquecer o raciocínio.

Quanto à Hermenêutica crítica, temos que esta cuidou exatamente de trazer os perigos de colonização da Hermenêutica por interesses egoísticos, perigos estes que serão comentados quando desenvolvermos nossa ideia de Hermenêutica (e liberdade decisória) condicionada pelo futuro, que será uma Hermenêutica exatamente de suspeita (na dicção de Ricoeur) ou seja, de superação de uma tradição que não seja capaz de trazer subsídios a um futuro virtuoso.

3.3 HERMENÊUTICA ONTOLÓGICA

Heidegger foi o precursor da Hermenêutica ontológica, na medida em que, de forma consistente, deu um caráter filosófico à Hermenêutica, situando-a na seara da compreensão (TEIXEIRA, 2012, p. 65); ou seja, a visão deste filósofo ultrapassa o escopo de Emilio Betti de encontrar uma metodologia universal para interpretação dos textos em geral, e avança na seara de estudar e se aproximar com mais ênfase do mecanismo da compreensão, que para Heidegger denotará o caráter ôntico original da vida humana (CAMARGO, 2003, p. 31).

Neste sentido, conforme já adiantamos acima, Heidegger procura desenvolver uma Hermenêutica ontológica, existencialista, voltada à figura do intérprete, fugindo do paradigma metodológico, como o de Betti, que dá mais ênfase à figura do autor. Uma Hermenêutica onde o sentido do texto que se apresentará ao intérprete dependerá da experiência deste intérprete no mundo, e das condições de possibilidade que este intérprete possa desvelar do texto, a partir de sua experiência do mundo (TEIXEIRA, 2012, p. 65-69).

Para o autor de *Ser e Tempo*, deve-se procurar desvelar o ser dos entes, onde o ser, que está sempre aí, no mundo, é uma das possibilidades existenciais deste ser no mundo (CASANOVA, 2015, p. 89-91). E, por tratar de existenciais, tem a Hermenêutica de Heidegger um caráter filosófico (GRONDIN, 2012, p. 38).

Para Heidegger o ato de interpretar confunde-se com o ato de compreender, porém, isto vai mais além, pois, para este autor compreender não é classificar, ou reduzir a categorias científicas. Até porque Heidegger (2005a, p. 35) considera ingênuo o escopo compreensivo delineado a partir de uma investigação científica, pois esta sempre trará uma visão parcial do

ser do ente, uma visão insuficiente que não chegará a configurar uma compreensão no sentido pleno da palavra.

Neste sentido, compreender é vislumbrar de modo pleno o ser do ente que se quer compreender, e esta compreensão dependerá da própria compreensão do intérprete em relação ao que este ente está fazendo no mundo, e também do que o próprio intérprete está fazendo no mundo (GRONDIN, 2012, p. 46-49). Expliquemos melhor.

O ser não está isolado, ele está aí, no mundo, e este ser aí será dotado de um sentido (de outros tantos possíveis), que corresponde àquilo que ele está fazendo no mundo (que é uma de suas possibilidades) (TEIXEIRA, 2012, p. 85-89).

Neste sentido, revela-se o primeiro pilar da teoria Hermenêutica de Heidegger, que é a faticidade, pois em estando o ser no mundo, ou mais explicitamente como desenvolve o autor, em estando este ser jogado no mundo, ele será influenciado pelas condições fáticas que se apresentam a este ser, e que servem como referências para todos os juízos que este ser faz (CASANOVA, 2015, p. 93).

O segundo pilar decorre do primeiro, que é o impessoal, ou seja, a possibilidade de o ser aí no mundo ser absorvido pela faticidade e acabar desprovido de sua possibilidade de reflexão; nesta mister, o homem, e no nosso caso, o intérprete, em sua compreensão, acabará por repetir mensagens e lições que lhes são dadas pela tradição, não inovando e repetindo as condições de possibilidade que lhes são impostas pelo mundo. (HEIDEGGER, 2005b, p.52-53; CASANOVA, 2015, p. 124).

E o terceiro pilar, o existencial, que é exatamente o intérprete conseguir destruir⁵ as amarras que a tradição invoca em termos de uma lógica de repetição; e, com base na reflexão, conseguir extrair todas as condições de possibilidade em relação a si e ao ser do ente compreendido.

E seria tão relevante esta libertação, que, para Heidegger, o alcance de todas as possibilidades do intérprete na medida de seu ser-aí denotaria o exercício de uma vida autêntica (ou com propriedade). De outra parte, o mergulho do intérprete no impessoal, na tradição, na faticidade em que o intérprete é jogado no mundo; revelaria uma vida inautêntica, ou, em outras palavras, uma interpretação inautêntica (ou imprópria – pois sem escutar o seu poder ser mais próprio) (CASANOVA, 2015, p. 133-135).

⁵ O conceito de destruição é muito relevante em Heidegger, na medida em que é através da destruição que o intérprete se liberta dos pré-juízos ilegítimos que impedem o ser de atingir todas as suas condições de possibilidade (CASANOVA, 2015, p. 82-83).

Daí a importância do círculo hermenêutico (remontando a Schleiermacher), pois seria através da reflexão contínua, da contínua aproximação na busca do ser do ente interpretado que o intérprete pode se libertar de pré-juízos e alcançar sua real interpretação do objeto sob exegese (CASANOVA, 2015, p. 135-139).

Fixadas estas ideias, vemos realmente uma absoluta aproximação entre Heidegger e Jonas, o que é perfeitamente natural, até por que Jonas foi aluno de Heidegger (OLIVEIRA, 2014, p. 10). Tal aproximação revela-se na medida em que Jonas pregava uma ética de responsabilidade quanto à continuidade da vida e das futuras gerações, porém, reconhecia Jonas que, apesar de haver um impulso natural do homem em prol desta sobrevivência; o mundo, que no caso pode ser visto como a vida em sociedade tenderia a incutir na subjetividade dos indivíduos, uma lógica voltada ao presente, ao aqui e agora; onde, subjogado pela técnica, o homem restaria preso em uma armadilha do presente, o que nitidamente colocaria em risco as gerações futuras.

Visto sob este prisma, esta atitude irracional do homem, corresponderia a este sucumbir à faticidade, aos estímulos do mundo que, por meio da técnica, faz incutir no indivíduo esta necessidade de avaliar o desenvolvimento científico (e o uso da técnica) apenas sob a perspectiva do hoje, sem vislumbrar a sustentabilidade deste desenvolvimento no futuro. Como assim, o indivíduo recair no impessoal, ou seja, aderir aos valores do progresso pelo progresso, sem reflexões consequencialistas ou humanistas.

Ou ainda sucumbir à técnica, compreendendo o mundo a partir de sua lógica e seus imperativos, fazendo com que o homem atue de modo funcional (e não reflexivo), e uma vez dominado por este poder técnico, passa ela, a técnica, a decidir acerca do mundo em uma escala planetária (BORGES-DUARTE, 2014, p. 16).

Agindo, assim, sem uma compreensão existencial, pondo em risco o futuro, esta seria, para o autor de *Ser e Tempo*, uma das atitudes possíveis, uma das possibilidades do ser-aí humano no mundo: uma atitude desprovida de reflexão e absorvida pelo impessoal do mundo onde este indivíduo é jogado (CASANOVA, 2015, p. 124).

Nesta medida, o indivíduo, por falta de reflexão e por falta de percepção não compreende a sua existência em toda a sua totalidade, o que incluiria o dever ético (e sua responsabilidade) de zelar por si e por sua descendência. Faz, assim, o indivíduo uma interpretação equivocada de seu papel na sociedade, não alcançando a plenitude de suas condições de possibilidade, das condições de possibilidade de sua existência. O que levaria, consoante o pensamento de Heidegger, a uma vida inautêntica.

Assim, tem-se como justificadas as escolhas filosóficas perpetradas neste texto.

De outra sorte, e caminhando para a seara jurídica, pode-se estipular este argumento de compreensão Heideggeriano para o aplicador do Direito, que, como vimos, é também intérprete, e um intérprete da constituição na concepção de Haberle.

Neste mister, o intérprete tem que compreender a situação de fato e as normas que sobre ela incidem, de modo a extrair todas as condições de possibilidade do projeto constitucional.

Seria, no caso, dar à nomenclatura interpretação autêntica um viés diferente daquilo que a doutrina normalmente denota. Isto porque, para nós, a interpretação autêntica não seria aquela que reflete a posição do legislador ou do órgão produtor da norma (KELSEN, 1999, p. 260).

Para nós, a interpretação autêntica seria aquele que melhor extrai o contingente de possibilidades da norma sob exegese. No caso, em sede de constitucionalização do Direito, onde o círculo hermenêutico tem sempre que reiteradamente passar pela constituição, então a discricionariedade tem que ser compreendida e aplicada de modo a garantir a consecução do interesse público; do que decorre que o espaço discricionário e o uso da discricionariedade, como assim a exegese dos conceitos jurídicos indeterminados, e a ponderação na legislação finalística têm que ser absolutamente reverentes ao projeto constitucional e sua sustentabilidade no futuro.

Neste passo, uma aplicação do direito autêntica, no sentido que Heidegger vislumbrou para uma vida autêntica, será uma aplicação do Direito que chancele, na maior medida possível, o cumprimento dos objetivos da constituição. Objetivos que, por certo, resguardam a concretização sustentável dos direitos fundamentais no presente e no futuro.

Ainda em relação a um viés mais prático de uma Hermenêutica ontológica, e de um direcionamento mais específico da Hermenêutica em geral para a Hermenêutica Jurídica, merece relevo o contributo de Gadamer, na medida em que, se Heidegger pensava a Hermenêutica como um instrumento filosófico de compreensão da existência humana, Gadamer procurou, segundo o legado Dilthey estabelecer uma Hermenêutica das Ciências Humanas; daí a aproximação da Hermenêutica de Gadamer em relação à aplicação prática do Direito (GRONDIN, 2012, p. 62).

E, neste ponto, procura Gadamer estabelecer premissas para que a sistemática do entendimento, o círculo Hermenêutico de pré-juízos a juízos elaborados, proposto por Heidegger possa explicitar os caminhos do entendimento nos casos concretos.

Não se trata de uma metodologia, pois o autor de Verdade e Método acompanha a concepção Heideggeriana de que o método se funda na distância do observador em relação ao

objeto, distância esta que não seria aplicável em termos de ciências humanas (GRONDIN, 2012, p. 63).

Tudo porque, para Gadamer, o intérprete é um partícipe do entendimento, deste modo não poderia haver uma interpretação única e universal no âmbito das ciências humanas (uma concepção participativa do entendimento) (GRONDIN, 2012, p. 63). Ou dito de outra forma: “A verdade das ciências humanas decorre mais do acontecimento (que se apodera de nós e nos faz descobrir a realidade) do que do método.” (GRONDIN, 2012, p. 67).

Neste ponto, recupera o autor uma vertente humanista de que, mais importante do que estabelecer uma verdade universal, é dotar o indivíduo de capacidade de avaliar e julgar.

Sendo que, dos múltiplos julgamentos, é que se formam os sentidos comuns, uma ultrapassagem de nossa particularidade, que revelaria a tradição, e mais adiante a fusão de horizontes, principal pilar da Hermenêutica Gadameriana.

Neste ponto, para Gadamer, deve-se seguir a vertente de Heidegger de que é impossível o entendimento sem as concepções prévias, os pré-juízos, porém, ele procura estabelecer não uma Hermenêutica destrutiva dos pré-juízos; pois reconhece que muitos pré-juízos trazem por si um esforço de entendimento construído ao longo do tempo, que não pode e não deve ser desprezado (GADAMER, 1999, p. 401-403).

Neste passo, defende o autor que a compreensão de um texto, e no nosso caso, a norma jurídica, não deve ser algo voluntarista, fruto do que ele chama uma feliz ideia, como se o intérprete devesse buscar o alheamento de todas as concepções prévias para eleger a sua própria (GADAMER, 1999, p. 401-403).

Pelo contrário, o intérprete tem que buscar compreender a tradição, e todos os prejuízos e concepções prévias que influenciarão em sua compreensão, e nesta medida saber reconhecer os prejuízos que ajudarão à compreensão (pré-juízos positivos) e aqueles que a prejudicarão (pré-juízos negativos) (GADAMER, 1999, p. 416).

Deste modo, merece relevo, diferenciar o que seria para o autor, os preconceitos oriundos da antecipação e da autoridade (GADAMER, 1999, p. 416). Os preconceitos ilegítimos por antecipação são aqueles em que o intérprete, por pressa ou falta de reflexão, efetua a sua compreensão de afogadilho, com base em uma impressão não amadurecida (GADAMER, 1999, p. 418).

Os preconceitos de autoridade são aqueles em que o intérprete faz valer os argumentos de especialistas, de superiores hierárquicos, ou daqueles notadamente sábios. Sendo que, para estes preconceitos, demanda-se um maior cuidado (GADAMER, 1999, p. 419).

Exatamente porque a tradição é formada em grande parte por compreensões de intérpretes com autoridade, compreensões que se consolidaram ao longo dos anos.

Ora, se por um lado, se para a correta compreensão urge que se entenda a tradição e se reflita sobre ela, até porque somente se conhecendo todos os lados de uma determinada situação, é que se pode compreendê-la por completo; por outro, esta mesma tradição tem que ser vista com o devido grão de sal, para que esta não se perpetue em uma lógica de reprodução, de manutenção do status quo (GADAMER, 1999, p. 419-428), o que, como foi delineado anteriormente, pode denotar um perigo para a continuidade da vida no planeta.

Há que se considerar, portanto, a tradição, e também a participação do intérprete. Sendo que o entendimento será fruto exatamente deste processo de fusão entre o passado e o presente, entre o horizonte do intérprete e o horizonte da tradição. “É traduzir o passado na linguagem do presente, onde se fundem os horizontes do passado e do presente. Desse modo, a fusão é tão bem sucedida que não se consegue mais distinguir o que provém do passado nem o que resulta do presente, de onde a ideia de fusão.” (GRONDIN, 2012, p. 73).

E isto é extremamente relevante em termos de aplicação do Direito, porque, para Gadamer, “o entendimento sempre encerra uma parte da aplicação. No momento em que entende, o intérprete insere algo seu, mas esse seu é também o de sua época, de sua linguagem e de seus questionamentos.” (GRONDIN, 2012, p. 74).

Deste modo, será da percepção crítica e do equilíbrio entre o que vinha sendo entendido (a tradição) e da contribuição pessoal do intérprete, procurando, com a distância temporal, estabelecer o que deve ser aproveitado da tradição é que se extrairá a melhor interpretação.

No caso presente, e mais uma vez aplicando a Ética da responsabilidade de Hans Jonas, e levando o raciocínio ao Direito, temos que a tradição deve ser vista com o devido cuidado.

Isto porque, se muitas vezes, a tradição está correta no sentido da necessidade de implantação evolutiva dos direitos fundamentais, da internacionalização dos direitos humanos, da necessidade de universalização dos valores democráticos, entre outros.

Há, em outros casos, um total equívoco de a tradição basear-se em premissas que não são mais válidas em relação ao futuro. Como, por exemplo, a perspectiva de que a condição de vida humana evoluirá automaticamente, de que as perspectivas de continuidade da vida não podem ser ameaçadas, e que os interesses egoísticos não podem inviabilizar a concretização dos direitos fundamentais de forma evolutiva.

Nestes casos ao interpretar o Direito, o operador deverá levar o seu contributo crítico, de libertar-se dos pré-juízos e da tradição equivocada e estabelecer exegeses que contemplem a sustentabilidade do planeta e da dignidade da pessoa humana no futuro.

Interpretações que contemplem a perspectiva futura – e esta talvez seja a grande contribuição do intérprete, em termos de antevisão e de prevenção (o que está plenamente de acordo com a filosofia de Hans Jonas desenvolvida neste trabalho) – o que está fora do alcance da tradição, que sempre olha para trás e não tem condição de viés prospectivo (ela se baseia no que foi, não predizendo o que virá).

3.4 HERMENÊUTICA METODOLÓGICA

Betti, como visto, seguindo os ensinamentos de Dilthey e Schleiermacher propôs uma teoria universal que abraçaria a interpretação de textos sagrados, de obras jurídicas e de obras de arte.

Mais do que isso, desenvolveu um Teoria Geral que procurou traçar um caminho, um método para uma sistemática de interpretação válida para todas as Ciências do Espírito (TEIXEIRA, 2012, p. 62).

Tudo porque, consoante Betti, o trabalho hermenêutico nada mais seria do que, a partir de uma forma representativa – que corresponderia à matéria a ser interpretada, que poderia ser um texto sagrado, um texto de lei, uma peça musical, uma obra literária, entre outras possibilidades; identificar-se-ia o espírito que nela foi vivificado: a declaração, o conteúdo transmitido pelo autor (BETTI, 2007, p. 34-40).

Neste ponto, desde logo se percebe que a forma representativa não se confunde com o documento onde ela está contida. O documento é apenas o receptáculo onde o espírito se vivificou, como, por exemplo, a página do texto (documento), e o conteúdo do texto – vivificação do espírito do autor – forma representativa (BETTI, 2007, p. 33-34).

Por outro lado, voltando à teoria geral da interpretação de Betti, temos que, segundo o filósofo italiano, a tarefa do exegeta é exatamente percorrer novamente o processo criativo do autor, compreender sua mensagem e retransmiti-la (BETTI, 2007, p. 41).

Sendo certo, que tal tarefa, consoante Betti, tem que ser efetivada da maneira o mais fiel e objetiva possível, respeitando a obra e os limites de cognição desta mesma obra dados pelo autor (BETTI, 2007, p. 41).

Deste modo, para Betti, o que importaria seria conseguir o intérprete trazer o máximo possível da mensagem vivificada pelo autor para a realidade presente. Perspectiva diferente,

por exemplo, do cânone ontológico onde o protagonismo da compreensão está no intérprete, pois é neste que se produziria a perspectiva presente da mensagem original.

Ou seja, para a perspectiva metodológica importa o intérprete adaptar a mensagem do autor à realidade presente de maneira objetiva e impessoal; para a perspectiva ontológica, cabe ao intérprete expressar a sua compreensão do espírito vivificado pelo autor.

Neste sentido, buscando um máximo de fidelidade, traça Betti um método exatamente para que, com o uso estrito da metodologia indicada, possa o exegeta ser fiel ao espírito do autor vivificado na obra, não se transmutando de intérprete a recriador da matéria interpretada.

Neste contexto, Betti (2007, p. 45-62) propõe a utilização de quatro cânones Hermenêuticos; sendo dois em relação ao objeto: o cânone da autonomia hermenêutica e o cânone da totalidade ou coerência. E dois cânones em relação ao intérprete: o da atualidade do entendimento e o da adequação.

Cânones os quais trataremos a seguir, um a um.

3.4.1 Cânone da autonomia hermenêutica.

Neste cânone, Betti estabelece que o intérprete deve respeitar os limites de possibilidades de compreensão do objeto. Ou seja, o exegeta deve ser o mais fiel possível ao espírito que foi vivificado na forma representativa (BETTI, 2007, p. 39).

Neste sentido, pugna o autor italiano, uma verdadeira generosidade do intérprete, pois este deve se ater ao máximo à objetividade expressada pelo autor, e não ceder à tentação de recriar a matéria interpretada segundo as suas próprias convicções (BETTI, 2007, p. 40).

É certo Betti reconhecer que sempre haverá a subjetividade do intérprete. Que este nunca será um autômato, que absorverá a mensagem contida na forma representativa, a compreenderá e a transmitirá como se fosse o autor (BETTI, 2007, p. 41).

O processo de compreensão sempre comportará uma margem de subjetividade do exegeta, até porque, conforme se verá mais adiante, o processo interpretativo sempre trata de um espírito (autor) falando a outro (intérprete), sendo que o interlocutor (o intérprete) sempre compreenderá tendo em vista os seus preconceitos e suas experiências (BETTI, 2007, p. 41).

Neste prisma, o que o cânone exige é o esforço, a abnegação, a humildade daquele que compreende em se ater a buscar, da maneira mais intensa e pura possível, a mensagem vivificada pelo autor na forma representativa (BETTI, 2007, p. 41).

Neste sentido: “Se as formas representativas que constituem o objeto da interpretação são essencialmente objetivações do espírito e, em particular, manifestações do pensamento, é claro que elas devem ser entendidas segundo aquele espírito que nelas se objetivou, segundo aquele pensamento que nelas se manifestou, e não segundo um espírito e um pensamento diferentes [...]” (BETTI, 2007, p. 44).

Tudo porque Betti acreditava que seria possível uma compreensão uniforme da mensagem do autor, que esta mensagem poderia ser como a corda de um violino, que pode até ser esticada, mas nunca quebrada.

3.4.2 Cânone da totalidade.

O cânone da totalidade diz que o trabalho interpretativo não se exaure em compreender trecho por trecho da forma representativa.

Segundo Betti, para captar, em completude a mensagem a ser compreendida, urge que cada excerto da forma representativa seja compreendido à luz do todo (BETTI, 2007, p. 46).

E mais, que a obra interpretada seja compreendida à luz de toda a obra do autor. Exatamente para que o processo hermenêutico seja o mais fiel possível à mensagem vivificada pelo espírito do autor (BETTI, 2007, p. 47).

Neste ponto transparece o caráter metodológico da Teoria de Betti, na medida em que seria exatamente a partir das pistas trazidas pelas demais partes do texto, e pelo conjunto da obra do autor, que se poderia dizer com mais precisão o que autor quis dizer em cada parte do texto interpretado.

É o que esclarece o autor em tela: “A partir disso, pode-se dizer que desde o início do processo interpretativo tem-se um progresso gradual em direção à compreensão, dos elementos individuais aos núcleos em que se organizam, até o todo que neles se articula.” (BETTI, 2007, p. 47).

Tudo porque à medida que o intérprete trabalha no todo do texto, a sua mensagem vai aos poucos aclarando, pois:

a compreensão, inicialmente provisória, vai se aperfeiçoando, corrigindo e integrando com a crescente extensão do discurso, do qual o intérprete toma posse, de modo que somente ao final os elementos individuais, todos entrelaçados, resultam quase imediatamente revelados e representados em contornos precisos e perspicuos. (BETTI, 2007, p. 47).

Frise-se que o cânone da totalidade é especialmente útil na interpretação jurídica, onde a norma não pode ser vista de modo isolado, mas sim contextualizada no conjunto sistemático e harmônico do ordenamento a qual ela faz parte.

Tudo porque “na interpretação das normas, juristas e leis apelam, conscientemente ou não, para o cânone da totalidade, sobretudo quando se trata de eliminar interpretações que surgem em contraste com a lógica do sistema, elaborado com os instrumentos da dogmática jurídica.” (BETTI, 2007, p. 49).

Realce-se neste ponto a importância deste cânone, e do relevo do pensamento de Betti, pois, como assevera Bobbio (1999, p.19-23): “é relativamente recente na história do Direito, a preocupação dos juristas com o ordenamento jurídico, pois muito se estudava acerca das normas jurídicas, mas pouco em relação à dinâmica das normas no seio do ordenamento, o que passou a ganhar mais ênfase a partir de Kelsen.”

Não se podendo olvidar que, em sede de constitucionalização do Direito, é certo que esta totalidade tem que levar em consideração a primazia da constituição como vértice axiológico e interpretativo de todo o Direito.

3.4.3 Cânone da atualidade do entendimento

Muito se diz que Betti teria procurado anular a subjetividade do intérprete. Ora, isto não é verdade, pois como visto, o autor reconhecia que em todo trabalho exegético remanesce um quinhão de subjetividade.

O que ele defende é que a subjetividade seja controlada para que o trabalho de interpretação não se transmute em recriação.

Do mesmo modo, não é verdade que Betti entenda que o processo hermenêutico redunde em uma única exegese – correta e inexorável. Em verdade, o autor reconhece que a mensagem a ser compreendida varia de acordo com o processo histórico, e com os saberes e experiências agregadas com a evolução humana (BETTI, 2007, p. 52-54).

Por isso, diz Betti que o exegeta deve trazer o objeto para a sua realidade histórico-social e buscar uma compreensão atual, porém esta compreensão tem que ser alinhada com o momento histórico e mensagem original (BETTI, 2007, p. 52-54).

Neste sentido, para Betti (2007, p. 52), a atualidade do entendimento é o cânone:

para o qual intérprete é chamado a percorrer em si mesmo o processo criativo e, assim, reviver a partir do seu interior e sempre resolver na própria atualidade um pensamento, uma experiência de vida, que pertence ao passado, ou seja, introduzi-lo como fato de experiência própria, por meio de uma espécie de transposição no

círculo da própria vida espiritual, em virtude da mesma síntese com o qual o reconhece e o reconstrói.

Ou seja, “é algo que o intérprete tem de reconstruir e reproduzir em si mesmo com a sua sensibilidade e a sua inteligência, com as categorias de sua mente, com o seu intuito e com as forças inventivas de sua educação.” (BETTI, 2007, p. 53).

De modo a que se prepare o esforço hermenêutico para a próxima etapa, a utilização do cânone da adequação.

3.4.4 Cânone da adequação

Para este cânone, outro em relação ao intérprete, defende Betti que, para o processo interpretativo ser eficaz, a comunicação entre o espírito do autor e do intérprete deve ser a mais desembaraçada possível (BETTI, 2007, p. 55).

Neste sentido, o intérprete deve estar em sintonia com o autor, sendo capaz de realizar e compreender todas as concepções e nuances colocadas na obra a ser interpretada. Somente espíritos de mesmo nível podem bem se comunicar. E chegando ao nível do autor, comungando do seu conhecimento e horizonte intelectual, poderá o intérprete estabelecer se o seu entendimento é adequado àquilo que o autor tencionou transmitir (BETTI, 2007, p. 55).

Tudo porque, “não basta um interesse atual em entender, por mais vivo que ele possa ser; também é necessária uma abertura mental, que permita ao intérprete colocar-se na perspectiva correta mais favorável para descobrir e entender.” (BETTI, 2007, p. 55).

O intérprete estaria vinculado ao autor, e este seria tão mais eficaz em seu trabalho de modo que ele pudesse pensar como o autor, estar sintonizado com este e apto a reproduzir a sua mensagem nos diferentes contextos históricos.

Neste ponto, se na atualidade do entendimento o intérprete recria em si a mensagem original, ou seja, refaz o caminho cognitivo de trazer para a sua realidade a mensagem original; na adequação, o intérprete estipula exatamente a compreensão da mensagem cabível para a realidade histórica atual. Veja-se, neste sentido:

indispensável é a espontaneidade do intérprete; mas essa não deve sobrepor-se e impor-se a partir de fora ao objeto a ser interpretado: pois isso levaria a negligenciar sua autonomia e a prejudicar seu conhecimento, que aqui é essencialmente reconhecimento, ou seja, assimilação congenial do objeto por parte do sujeito. (BETTI, 2007, p. 55).

Sempre com vista a denotar um entendimento que seja generoso e adequado à mensagem original do autor.

3.4.5 Aproximação entre a metodologia de Betti e a Hermenêutica tradicional

Betti tem imensa importância porque, como vimos anteriormente, ele procurou estabelecer uma sistemática única para a interpretação das ciências do espírito. Deste modo, música, literatura, história, direito teriam, a partir dos ensinamentos de Betti, uma vertente interpretativa útil para delinear os trabalhos do intérprete.

Há outro aspecto, porém, que denota a importância dos ensinamentos deste autor, qual seja, a possibilidade de se extrair dos ensinamentos de Betti, os procedimentos da Hermenêutica Jurídica tradicional, que trata dos conhecidos cânones da interpretação gramatical, histórica, lógico-sistemática e teleológica.

Com efeito, a interpretação gramatical, que se sabe ser insuficiente e inicial, pode ser vista no cânone da autonomia, quando Betti revela que o texto tem seus limites, devem ser respeitados os limites da obra dados pelo autor.

Quanto à interpretação histórica, temos que, ao se pesquisar as modificações do texto trazidas pela realidade histórico-social, em face dos cânones da atualidade do entendimento e da adequação, tem-se por óbvio que se faz uma abordagem histórica da norma.

Caminho semelhante para a interpretação teleológica, que também pode ser vista sob o prisma da adequação, conjugado com a atualidade do entendimento; ou seja, procurar retomar o intérprete, a finalidade, o objeto, o compromisso que a norma tinha ao ser projetada, com as devidas adequações em função das modificações da realidade histórico-social.

Quanto à interpretação lógico-sistemática, este nada mais é do que o cânone da totalidade, quando se expressa que um texto, uma obra, um espírito vivificado tem que ser lido em harmonia com o todo, e no caso de uma norma jurídica, esta tem que ser conectada com o plexo das outras normas, e harmonizadas pela constituição, naquele determinado ordenamento jurídico.

Merecendo relevo, conforme veremos com mais vagar adiante, que Betti era um jurista, tendo dedicado um capítulo específico à interpretação jurídica, que será objeto de comentário adiante, no que pertine à descrição de uma Hermenêutica voltada ao futuro.

3.5 HERMENÊUTICA ONTOLÓGICA E METODOLÓGICA: UMA SÍNTESE

Na realidade, a Hermenêutica ontológica procura um viés filosófico acerca do papel do intérprete e de como funciona o mecanismo da compreensão. Funciona, portanto, de um modo prévio, de um balizamento antes da aplicação de qualquer método.

Já a Hermenêutica metodológica procurar estabelecer uma técnica interpretativa, um procedimento que balize o intérprete no seu mister de interpretar. No caso vertente, ou seja, na teoria desenvolvida por Betti, busca-se um procedimento que direcione o intérprete a conseguir extrair a mensagem dada pelo autor, ou mesmo, a mensagem que o autor traria se vivesse o momento em que a interpretação é feita.

Realce-se que, olhando de perto as duas abordagens, vemos que as polêmicas que surgiram entre seus autores, notadamente entre Gadamer (1999) e Betti (2007), não demonstram uma distância abissal entre as abordagens. Pelo contrário, elas se mostram complementares.

Isto porque, para a vertente ontológica, não interessava criar um método, um passo a passo interpretativo. O intento de seus próceres, a começar por Heidegger, era estabelecer o funcionamento do mecanismo da compreensão; sendo que, a partir de seu ponto de vista, resta certo que toda interpretação será produtiva, na medida em que o intérprete não conseguirá se desapegar de todos os seus prejuízos durante o ato hermenêutico (STRECK, 2002, p. 169-176).

De outra parte, apesar de pregar uma comunhão de espíritos, também Betti reconhecia que a mensagem trazida pelo espírito do autor (ou do legislador) deveria ser atualizada em função da vida social contemporânea e dos desafios da atualidade, o que traz, sem dúvidas, uma reverência à subjetividade (a qual ele reconhecia a existência, porém, pugnava que esta se restringisse a um patamar mínimo, por meio da utilização da generosidade pelo intérprete).

Apenas o que diferenciava o pensamento de Betti (2007) do pensamento de Gadamer (1999) é que o segundo sempre focou no mecanismo da compreensão em si; mecanismo este que será sempre subjetivo e dependerá da percepção que o intérprete tem do mundo.

Para Betti, seria possível um assim chamado conhecimento científico de um texto a partir dos cânones hermenêuticos, uma objetividade na significância e a busca do significado, de modo que vários intérpretes poderiam ser conduzidos a interpretações semelhantes (GRONDIN, 1999, 209-214).

Deste modo, o que Betti buscava, em última análise, era uma forma de contenção de um ativismo do intérprete, que ao seguir a teoria, faria com a resposta interpretativa fosse controlável e interpretações feitas em um mesmo momento social, equivalentes (GRONDIN, 1999, 213-214).

Gadamer não perfilhava deste entendimento, ele pugnava que não havia sentido em buscar uma regra objetiva de hermenêutica, um método, na medida em que, como foi explicitado acima, não se pode aplicar para as ciências humanas os mesmos padrões metódicos das ciências naturais (GRONDIN, 1999, p. 182).

De outra sorte, ambos se aproximavam na medida em que, quando Gadamer explicita o mecanismo de reflexão sobre a tradição, e na separação entre os bons e os maus prejuízos; de certa forma, ele se aproxima (apesar de partir de uma concepção diversa) dos cânones da atualidade do entendimento e da adequação de Betti.

De todo modo, em relação ao Direito, ambas as abordagens hermenêuticas são úteis, seja para pensar a condição humana e os reflexos da regulação social trazida pelo estudo das normas jurídicas (Hermenêutica ontológica); ou, partindo, de um viés mais prático, denotar uma metodologia interpretativa que traga mais uniformidade e segurança jurídica ao resultado da interpretação.

Merecendo relevo que, com uma abordagem ou outra, o problema da sustentabilidade da constituição e do resguardo do futuro deve ser objeto de preocupação para o intérprete.

3.6 UMA HERMENÊUTICA VOLTADA AO FUTURO

Como vimos anteriormente, uma correta interpretação do ordenamento jurídico é essencial para o bom uso da liberdade decisória. Tudo porque, como foi delineado, a não vinculação, ou seja, a utilização da discricionariedade por parte do agente público decorrerá ou de o próprio ordenamento jurídico delegar a este agente a decisão quanto à melhor decisão para o caso concreto (real discricionariedade); ou em o ordenamento jurídico estipular um conceito jurídico indeterminado, para que este mesmo agente público exerça a sua compreensão da situação fática e jurídica e eleja a melhor solução para o caso concreto. Ou ainda, a ponderação mais efetiva na aplicação da legislação finalística.

Neste ponto, também como foi aduzido, fizemos uma estrita vinculação entre a consecução do interesse público e a concretização contínua e sustentável de direitos fundamentais no presente e no futuro.

Como ainda, conjugando as lições de Haberle (2002) e de Hesse (1991), a força normativa da constituição depende da legitimidade que a Carta Magna recebe do corpo social; e que a força normativa da constituição será tanto maior, quanto mais efetiva, e quanto maior for a expectativa de legitimidade que esta constituição inspire na comunidade.

Sendo certo, ainda, que a legitimidade da Lei Magna será ampliada, quanto mais o círculo aberto de intérpretes trabalhe, compreenda, controle e conforme as forças sociais contrárias ao projeto constitucional (e lastreadas em interesses egoísticos), preservando os objetivos previstos para o presente e o futuro daquela comunidade, e da ordem jurídica que sobre ela se impõe.

Deste modo, percebe-se, portanto, que para reverenciar o projeto constitucional, sua sustentabilidade, a concretização contínua e sustentável dos direitos fundamentais no presente e no futuro, e assim observar o princípio constitucional da sustentabilidade, e o direito fundamental ao futuro; exige-se que uma atividade compreensiva do intérprete, aplicando o Direito, que seja feita de modo que estes objetivos sejam honrados.

É a isto que chamamos uma Hermenêutica voltada ao futuro ou Hermenêutica Sustentável. O que tem relevo já que a atividade interpretativa nem sempre reverencia os valores mencionados? Vejamos.

Com efeito, vimos com Heidegger, quando explica o mecanismo da compreensão, que a atividade Hermenêutica começa em o intérprete compreendendo e interpretando o mundo que o cerca, a sua relação com este mundo em determinado momento histórico, e todos os juízos prévios que esta interação com o mundo trazem para o intérprete.

O intérprete está no mundo, e está cercado de influências culturais que este mundo lhe proporciona (a faticidade), e que fazem com que o intérprete (e cada um) tenha uma visão particular deste mesmo mundo; sendo que, muitas vezes, esta visão uniforme e coletiva faz com o intérprete perca a sua subjetividade, o seu ímpeto de reflexão e de crítica acerca dos pré-juízos que o mundo lhe traz.

É o que Heidegger chama da vitória do impessoal, o que faz com o homem (e no nosso caso, o intérprete) não enxergue e não compreenda todas as suas condições de possibilidade em relação ao mundo que se apresenta, do que decorre o exercício de uma vida inautêntica.

Explicando de outra forma, temos que o homem, neste caso, o intérprete, ele está aí, no mundo (o ser-aí, o dasein) e o modo em que ele está aí, o que ele está fazendo aí, no mundo é um dos modos possíveis de interação entre este ser e o mundo.

Sendo que, e este é o xis da questão, este ser-aí, este modo de interação, esta podemos dizer assim, missão poderá revelar todas as condições de possibilidade deste ser (no caso, o intérprete); ou apenas uma condição reduzida, e, por isso inautêntica, na medida em que o mundo, o impessoal e veremos adiante, a tradição podem tolher a capacidade compreensiva do intérprete e este acabar repetindo, em sua vida, em sua compreensão, os pré-juízos que o mundo cultural lhe outorgou.

Neste ponto, aliando o pensamento de Heidegger com o pensamento de Jonas, pode-se afirmar, que a técnica, a civilização tecnológica acaba por absorver a capacidade reflexiva do homem, que acaba enxergando tudo como meios e procedimentos, e se perde do real sentido da vida humana na terra que, entre outros objetivos principais, engloba a necessidade de perpetuação da própria vida e a sustentabilidade do *modus vivendi* para as gerações futuras.

E, que para superar este pré-juízo, este alheamento, esta não percepção da responsabilidade do indivíduo com a continuidade da vida; urge que haja um desvelamento, uma apropriação da realidade gerando uma nova compreensão; uma compreensão de que a continuidade da vida nos moldes em que a conhecemos não está garantida, e que a civilização tecnológica, com tudo o que ela envolve, como usinas nucleares (e a possibilidade de acidentes radioativos), atividades de mineração (e suas barragens que podem romper e matar rios inteiros), entre outras, demanda uma atitude de cuidado, precaução e responsabilidade.

Neste ponto, se a absorção do mundo pela técnica ou o desprezo pelo futuro por parte da sociedade atual geram um juízo prévio de compreensão de que este futuro não é relevante, no sentido de que as decisões têm que ser tomadas baseadas na lógica do aqui e agora; então este preconceito tem de ser destruído, em um processo que, como dito, envolve intensa reflexão.

Heidegger chama este processo de angústia, ou seja, uma percepção interna do ser que compreende, que aquela compreensão não extraiu todas as condições de possibilidade para o ser compreendido (CASANOVA, 2015, p. 120).

Assim, temos que, em uma concepção filosófica, a compreensão do intérprete deve ser aquela mais reverente à plenitude de possibilidades do ser. Sendo que, no caso, e à luz de Jonas, a plenitude de possibilidades confunde-se com um agir voltado à curatela da vida, do arcabouço vital necessário à continuidade e evolução da vida humana de forma digna no Planeta Terra.

E no caso da interpretação da constituição (e formação de sua moldura), conforme veremos melhor adiante, é enxergar a Lei Magna em todas as suas condições de possibilidade, o que implica vê-la em todo o seu potencial transformador, evolutivo e de concretização de direitos fundamentais ao corpo social.

Neste contexto, a partir da concepção de Gadamer (1999), urge que se supere a tradição focalizada no instante atual, para que esta tradição não inviabilize o desvelamento preconizado e esta percepção de que o futuro (e, no caso jurídico, a constituição) deve ser preservado. Urge, portanto, que o intérprete enxergue a tradição com o devido cuidado, na

medida em que, como vimos anteriormente, e como é denunciado por Jonas, a humanidade não tem vislumbrado as ameaças ao desenvolvimento sustentável da vida humana.

E, assim, ao executar a sua fusão de horizontes (GADAMER, 1999), este mesmo intérprete saiba enxergar os equívocos da tradição, notadamente porque, como vimos, estamos vivendo tempos de uma mudança de paradigma, onde os saberes e viveres do passado não são mais aptos a serem usados como paradigma em relação ao futuro.

Deste modo, temos que o conhecimento jurídico trazido pela tradição, onde vige um olhar para trás para antecipar o que virá, não funciona de modo completo. Urge também um olhar para frente, e com base no que for idealizado, tentar preparar o hoje para aquilo que nos desafia.

Sendo certo que do mesmo modo que há desafios no futuro, persistem ainda desafios do passado, que a tradição ainda não foi capaz de extirpar, haja vista as advertências, por exemplo, de Bourdieu (1989, p. 209-254), de que o Direito, ao longo da história tem sido utilizado como instrumento de dominação simbólica e ancilar de interesses egoísticos; o que representa uma constante ameaça ao projeto constitucional. (tema que desenvolveremos com mais profundidade logo adiante).

Neste ponto, vale também lembrar o alerta de Habermas que a tradição tem de ser vista com o devido cuidado, com a devida atividade reflexiva e crítica de perceber os reais interesses (muitas vezes egoísticos) que estão por detrás da matéria a ser interpretada, “pois só quando o intérprete descobre as razões que fazem aparecer como racionais as declarações de qualquer autor pode compreender o que ele poderia ter querido dizer.” (TEIXEIRA, 2012, p. 89).

Por isso, o intérprete tem que estar alerta, aberto às condições de possibilidade da matéria interpretada, e atento, a sempre que necessário, utilizar uma Hermenêutica de suspeita (GRONDIN, 2012, p. 100-102), suspeitando dos falsos paradigmas que levam a uma interpretação inautêntica, que trazendo ao escopo do presente trabalho, podem ameaçar o futuro, o projeto constitucional e da sustentabilidade.

Por outro lado, merece relevo que não é o caso de esquecer toda a construção jurídica erigida até aqui, inclusive porque grandes avanços e grandes vitórias foram alcançados; ou seja, não é o caso de ultrapassar por completo a tradição, mas identificar os pontos em que a mesma não presta reverência à concretização sustentável dos direitos fundamentais, ao futuro e ao projeto constitucional. Nestes pontos, a tradição tem que ser desprezada (destruída na concepção Heideggeriana e superada).

Quanto à questão metodológica, podemos verter raciocínio semelhante, já que se tivermos como base a interpretação constitucional, é certo que o intérprete terá que buscar o entendimento da vontade da constituição atualizada ao longo dos tempos para alcançar a eficácia do texto, em relação aos novos desafios que vão surgindo.

Para tanto, têm que ser percorridos os cânones hermenêuticos de Betti (2007), de modo a extrair da Lei Maior os caminhos que permitam a eficácia da constituição, sua legitimidade e daí sua sustentabilidade.

Neste mister, tratando do primeiro cânone, o da autonomia hermenêutica, temos que, do texto constitucional, deverá ser extraída a vontade da constituição, o seu projeto constitucional plasmado pelo poder constituinte originário, que à luz dos ensinamentos de Konrad Hesse (1991), deve ser legitimado pelo seio social (e pelo intérprete), de modo a que este projeto constitucional tenha não só eficácia presente, mas também futura.

Ainda em termos de autonomia, devemos ter em mente que o projeto constitucional deve ser lido a partir da constituição, e desta forma, conformando a legislação ordinária (e nunca o contrário), sendo este um dos fatores mais relevantes de supremacia da Lei Maior, e de proteção de sua eficácia e de sua sustentabilidade.

Quanto ao cânone da totalidade, temos que e a constituição tem que ser lida em seu todo, e não por tiras ou partes. Somente assim a perspectiva de projeto constitucional ganha força e unidade, como assim a noção de interesse público vinculada a este projeto. Deste modo, a obra constitucional tem que ser desvelada a partir dos seus objetivos fundamentais (no caso do Brasil, o art.3º da Lei Maior), e dentre estes, sem dúvida, avulta a concretização presente e futura dos direitos fundamentais, sua eficácia e daí a sustentabilidade do projeto constitucional.

Quanto à atualidade do entendimento, temos que o projeto constitucional defendido anteriormente tem que ser lido e apreendido pelo intérprete à luz da sua realidade histórico-social, o que implica um trabalho recognitivo a lume do grau de liberdade em que vivemos; à luz do nível exigido de concretização dos direitos fundamentais; e do processo de internacionalização dos direitos humanos, que adveio da mesma matriz que trouxe a constitucionalização do Direito.

Neste passo, à luz de um standard que exige a superação da lógica do perecimento, na qual as pessoas eram consideradas descartáveis, e exige a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional (PIOVESAN, 2014, p. 50).

E mais do que isso, o projeto constitucional tem que ser lido à luz das ameaças trazidas pela modernidade, e à luz dos embaraços que a mesma realidade fática (em termos de colonização do Direito e ocupação de espaços de Poder) traz para a concretização dos misteres constitucionais.

E que, por fim, como último cânone, o da adequação, que o intérprete se comunique, de espírito a espírito, com o projeto constitucional e compreenda de forma plena a necessidade de que o projeto constitucional tem que ser legitimado dia a dia, ou seja, construído cotidianamente, e que exatamente neste cotidiano é que a flecha da eficácia ganha seu caminho em relação ao futuro. Por isso, importa a sensibilidade do intérprete em verificar o norte que deve ser observado para que a eficácia constitucional possa ser implementada em sua totalidade.

Neste ponto, o intérprete deve ultrapassar a simples perspectiva histórica e compreender os desafios atuais da realidade social.

Neste sentido, o próprio Betti (2007, p. 23):

segundo que nele se expôs, o cânone da correspondência hermenêutica insere no processo interpretativo, ao lado da tarefa de reconhecimento e esclarecimento, uma tarefa ulterior de adequação e de adaptação, que, na interpretação jurídica leva a um resultado essencialmente diferente daquele visado pela interpretação histórica

O que significa um ato de conciliação da norma em abstrato, com a realidade presente e a disciplina jurídica:

Na verdade, a adequação do entendimento consiste em conciliar, em íntima adesão e harmonia, ambos os termos do processo interpretativo: o objeto, que, nesse caso, é a norma jurídica, e o sujeito, na atualidade do qual confluem as múltiplas exigências da vida social, a cuja disciplina o direito se destina. (BETTI, 2007, p. 23).

Conciliação que, no caso, deve resultar na superação de todos os óbices que ameacem o projeto constitucional e a sua sustentabilidade no futuro.

3.7 FORMAÇÃO DA MOLDURA E A PROTEÇÃO DO SER DA CONSTITUIÇÃO.

Remontando o que foi estabelecido acima, e com esteio no pensamento de Robert Alexy (2011, p. 579-583), uma maneira de estabelecer a compatibilidade de uma norma ou ato administrativo com o paradigma constitucional, e daí com o ordenamento jurídico (sendo certo que o escopo do presente artigo é exatamente estabelecer parâmetros para a discricionariedade) é verificar se a norma ou ato administrativo está de acordo com a moldura jurídica delineada pela constituição.

Deste modo, o que se procura, exatamente é, com base da Hermenêutica, estabelecer o que seria a moldura constitucional, que servirá para syndicar, em termos de compatibilidade, todas as demais normas e atos administrativos com o paradigma da Lei Maior.

Neste mister, o objetivo desta dissertação é exatamente estabelecer uma moldura, que ditará uma Hermenêutica de sustentabilidade, e que leve em conta, por um lado, a concretização do projeto constitucional, a começar pela implementação progressiva dos direitos fundamentais, e, por outro, que este projeto seja eficaz e tenha sustentabilidade no futuro.

Sendo certo que, a partir desta moldura, que pode ser chamada de moldura de sustentabilidade, teremos que todas as escolhas legislativas e administrativas deverão ser efetivadas a partir dos espaços discricionários permitidos pela constituição (por sua moldura), e, por óbvio, devendo estar de acordo com as finalidades albergadas pela constituição, e pela axiologia que se depreende desta.

Merece relevo, portanto, estabelecer esta moldura. E, tendo por base o que vimos acima, isto levará em conta tanto paradigmas ontológicos como metodológicos.

Da ontologia, teremos como base filosófica, a necessidade de descobrir o ser da constituição, as suas condições de possibilidade em termos de transformação social, o seu papel em termos de permanência da eficácia da constituição e seu papel de garantidora da continuidade da vida humana (digna) no Planeta Terra.

Em termos metodológicos, urge aplicar e harmonizar, de modo lógico-sistemático os cânones hermenêuticos, no sentido de que, especialmente os cânones da atualidade do entendimento, e da adequação (exatamente os dois que guiam a subjetividade do intérprete) sejam particularmente precisos em termos de estabelecer os caminhos para que a interpretação constitucional seja reverente à sustentabilidade do projeto constitucional no futuro.

Deste modo, em última análise, o estabelecimento da moldura constitucional tem uma inequívoca relação com o ser da constituição, pois estabelecido o ser, a condição de possibilidade, os meios e métodos, o restante da parte metodológica será mais simples.

Porém, como vimos anteriormente, o ser tem que ser desvelado, depurado dos pré-juízos trazidos pela tradição inautêntica. Sendo que, como se trata do ser da constituição, tem-se como natural a utilização da Hermenêutica filosófica para alcançar tal mister.

Realmente, como vimos, a Hermenêutica ontológica busca exatamente o ser do ente, ou seja, o sentido que o ente assumiu no mundo dentre todas as suas condições de possibilidade.

Neste ponto, com esta ajuda da Hermenêutica ontológica⁶, temos que a essência da constituição pode ser vislumbrada, se atentarmos para as condições de possibilidade desta mesma constituição, para o que esta, enquanto pilar da norma jurídica pôde e pode fazer neste mundo fático que está aí. O que ela tem feito aí, e o que ela poderia estar fazendo aí. E, deste modo, estabelecer um juízo de uma interpretação autêntica ou inautêntica (no sentido ontológico) da normatividade constitucional.

E, neste ponto, é que exatamente reside a crítica de doutrinadores como Streck (2002, p. 189-190), de que este ser da constituição tem sido obtido de modo incompleto pela Hermenêutica atual; exatamente porque não se procura o estranhamento, não se encara o ser da constituição e suas possibilidades de transformação na sociedade.

E acaba-se por reproduzir (com a Hermenêutica e a aplicação do Direito) tudo aquilo que vem sendo demonstrado historicamente por uma tradição inautêntica, que utiliza categorias metafísicas para dar o fechamento ao sistema. Modo de proceder que tem inegável utilidade em termos de manutenção do *status quo* e das relações de poder. (STRECK, 2002, p. 194-196).

Neste sentido, súmulas, leis peremptórias, interpretações paradigmáticas, uso da tópica nada mais seriam do que a utilização de meios metafísicos para o encobrimento do ser (entificação do Direito). E desvio do real ser-aí que deveria desempenhar a constituição. Ser-aí que se revelaria por meio das seguintes perguntas: o que esta constituição deveria estar fazendo aí? Quais são as condições de possibilidade do texto constitucional? (STRECK, 2002, p. 219-220).

Por isso, Streck (2002, p. 220-223) pugna pela superação do pensamento dogmático, que esconde o ser da constituição e do próprio Direito, para que se passe a enxergar a constituição e o próprio Direito por meio da diferença ontológica ser e ente; e, na esteira de Heidegger, conforme discutimos acima, pugna o autor que, através da contemplação e reflexão (e não do mero uso da técnica) possa-se compreender o fenômeno constitucional como parte do mundo, e como meio de transformação deste mesmo mundo, concretizando os anseios do povo em busca de um real Estado Democrático de Direito (STRECK, 2002, p. 220-223).

Neste ponto, e trazendo estes raciocínios para a realidade deste texto, depreende-se que, para Streck (2002), o ser da constituição é o papel que a mesma exerce ou que deveria

⁶ A Hermenêutica Metodológica trata de métodos, e não de preocupações filosóficas e existenciais, daí porque não a utilizamos na busca da essência da constituição.

exercer em termos de transformação social, o que para nós, em termos mais simples, delineia o próprio projeto constitucional.

Importa, neste ponto, aprofundar o que já foi discutido de modo perfuntório, em termos do que seria o projeto constitucional.

Com efeito, em nossa visão, o projeto constitucional que corresponde a meios, com o princípio democrático ganhando máxima eficácia; e a fins, tendo a dignidade da pessoa humana como vértice maior.

Meios e fins que delineiam o trabalho do ordenamento jurídico em conformar e regular a sociedade em direção ao futuro. Um sem o outro não faz sentido.

Deste modo, se a dignidade e desenvolvimento social do ser humano é o fim último do projeto constitucional; isto deve ser feito de modo democrático, respeitando os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e garantindo o desenvolvimento nacional em termos econômicos e sociais.

Neste prisma, confirma-se o que foi estabelecido acima de modo provisório, ou seja, que a essência da constituição é o seu projeto constitucional, que visto em seu ser, ou seja, em termos de condição de possibilidade, reside exatamente na perspectiva transformadora da sociedade, conformando-a e condicionando-a de modo a que esta espelhe a axiologia e os fins preconizados pela Lei Maior; tendo como faceta principal desta conformação, a concretização dos direitos fundamentais nela prevista, no presente e de forma sustentável no futuro.

Sendo certo que este projeto constitucional funciona como uma melodia, que pode ser tocada em diversos ritmos, e arranjos, e sob a batuta de instrumentos diversos; mas, como toda melodia, não pode ser desnaturada, sob pena de não ser mais reconhecida.

Por isso, se a construção da eficácia do texto constitucional e do seu projeto, é forjada na legitimidade social; então todo o esforço hermenêutico tem que ser desenvolvido para que a melodia constitucional seja reconhecida (e ouvida) em toda a aplicação do Direito.

Notadamente porque, e este é o escopo do presente trabalho, na densificação dos conceitos jurídicos indeterminados e no preenchimento dos espaços discricionários (e nas ponderações da legislação finalística), podem ser representadas múltiplas possibilidades para a aplicação a ser perpetrada pelo intérprete.

Sendo que, em todos os casos, tem que ser respeitada a moldura trazida pela Lei Magna, moldura esta que retrata a necessidade de concretização presente e futura do projeto constitucional, moldura que retrata e abrange o próprio princípio constitucional da sustentabilidade.

Deste modo, o intérprete, ao interpretar a melodia constitucional, tem que ser reverente aos valores, meios e fins preconizados pelo poder constituinte, sob pena de reverenciar uma outra música, reduzindo as possibilidades de eficácia da Lei Maior.

Ou, assumindo a metáfora de Dworkin (2007, p. 275-279), o intérprete funciona como o romancista em cadeia, ou seja, como aquele que tem continuar a história do ordenamento jurídico a partir do momento em que ele é chamado a interpretar; e neste ponto, tem que a interpretação ser coerente com o enredo que vinha sendo escrito até o momento (tradição), mas também tem que ser fiel ao fim, ou seja, ao bem jurídico que ele, o intérprete, visa proteger. (Identificando a tradição autêntica e a inautêntica).

Sendo que, no caso específico do projeto constitucional, tem que o intérprete dar continuidade ao caminho preconizado pela constituição em termos de desenvolvimento social e concretização dos direitos fundamentais relativamente àquela sociedade.

É o projeto constitucional em si que deve ser protegido, e será o círculo aberto de intérpretes que deve continuar a história deste projeto, de modo que a cada capítulo não somente se reconheçam as conquistas preconizadas pela constituição, como ainda se vislumbre a exatidão do rumo em direção à sua eficácia plena.

Se a história constitucional escrita por seus intérpretes não for fiel ao fim preconizado pelo projeto original, o que teremos serão interrupções na história, que poderão trazer duas consequências possíveis: uma infinidade de lugares comuns, o que fará o projeto constitucional andar em círculos, sem chegar a um fim, e mantendo a lógica de reprodução.

Ou o que é pior, a necessidade de um recomeço, ou seja, o reconhecimento de que o projeto constitucional original fracassou; no sentido de que houve um retrocesso, uma ruptura. Uma posição de insustentabilidade que terá que ser tratada com medidas mais graves. (Retornaremos a este assunto quando falarmos em vedação do retrocesso.)

Deste modo, resumindo o que foi delineado acima, temos que a sustentabilidade da constituição está nas mãos dos seus intérpretes a partir de uma Hermenêutica de sustentabilidade.

Tema a ser discutido a seguir.

3.8 SUSTENTABILIDADE: UMA BALIZA HERMENÊUTICA PARA A LIBERDADE DECISÓRIA NA APLICAÇÃO DO DIREITO

Como vimos, sempre que um intérprete vislumbrar a possibilidade de fazer escolhas, estas terão que ser reverentes à moldura constitucional; seja em nível de criação de normas jurídicas, seja em nível de edição de atos administrativos.

Explicando melhor, em termos legislativos, temos que a constituição em sua moldura delimita os espaços de decisão possíveis, ou seja, as normas (com seus alcances e sentidos) passíveis de serem criadas.

Este é exatamente o ponto de reverência ao direito fundamental ao futuro e ao interesse público como concretização do projeto constitucional; e ponto de aderência do princípio da sustentabilidade que se irradia na moldura da constituição e limita a liberdade de criação do legislador.

Neste ponto, a norma a ser criada, para obter validade e inserção no ordenamento jurídico terá que estar em acordo com a moldura constitucional, ou seja, conforme preconizamos até aqui, ser apta à concretização do interesse público/concretização do projeto constitucional não só no curto, mas também no longo prazo.

E, de outra parte, se isto não ocorrer, se uma norma não passar por este teste; se ela, por seus efeitos e consequências, prejudicar o projeto constitucional no futuro, então a mesma é inválida e inapta de adentrar no sistema jurídico, devendo de pronto ser expungida.

Neste prisma, o exame de conformidade normativa com a moldura constitucional não deve ser feito apenas sob a lógica do presente, mas sim sob a ótica de todos os resultados e efeitos que advém da norma também no futuro.

O mesmo vale para a perspectiva administrativa, o que muda apenas é a moldura aplicável, pois em se tratando de normas primárias como as leis, estas buscam de imediato o seu fundamento de validade na constituição.

No caso da aplicação administrativa, temos que os atos administrativos terão que buscar também conformidade com os fins e os valores estipulados pela constituição. Porém, todo o arcabouço de leis e decretos, que obedecerem à moldura constitucional acabará integrando a moldura normativa aplicável, e apta a condicionar e conformar a expedição do ato administrativo.

De outra parte, como estamos no presente trabalho argumentando em sede de sustentabilidade do projeto constitucional, temos que, para o escopo da presente dissertação, estudaremos como moldura conformadora e condicionadora das decisões administrativas, apenas a moldura constitucional, e esta mais especificamente naquilo que retrata e representa o princípio constitucional da sustentabilidade.

Deste modo, os filtros para sindicar normas primárias e atos administrativos vão além do princípio constitucional da sustentabilidade; porém, o escopo do presente trabalho é exatamente, como vimos acima, estudar como este princípio constitucional influencia e condiciona a aplicação do Direito, notadamente os espaços de liberdade de decisão do aplicador.

Sendo certo que em termos de controle, em termos de sindicat a conformidade de um ato em relação a um princípio, sempre trabalharemos em uma zona de certeza positiva, e uma zona de certeza negativa.

Para efeito de sustentabilidade, a utilidade do princípio (e do presente estudo) é denotada com mais força na zona de certeza negativa, nas condutas cabalmente insustentáveis (e que por isso contrariam o projeto constitucional), mas que, muitas vezes, não são declaradas como condutas inidôneas, e assim, ameaçam o projeto constitucional.

Desta forma, em linhas gerais, temos que a discricionariedade normalmente estipula uma margem de liberdade para aferição pelo administrador, acerca da conveniência e oportunidade da expedição de determinado ato administrativo. Conveniência e oportunidade que devem ser valoradas conjuntamente.

Neste sentido, Carvalho Filho (2005b, p. 23):

Em sua valoração dos elementos mobilizadores de sua decisão, o administrador poderá entender que certo ato seria conveniente, mas inoportuno por não ser o momento apropriado para a sua prática. De outro lado, poderá concluir que o ato seria oportuno, mas inconveniente em virtude dos efeitos que dele poderiam advir.

Esta valoração segundo o autor, é o que configura o mérito do ato administrativo, e expressa exatamente a subjetividade do administrador (CARVALHO FILHO, 2005b, p. 23); e é exatamente este mérito que tem que ser controlado pelo critério da sustentabilidade.

Sendo certo que é no exame deste mérito, desta conveniência e oportunidade, que surge a excelência do critério da sustentabilidade, pois se o ato não for incentivador do projeto constitucional, notadamente no que pertine à concretização presente e futura dos direitos fundamentais, então tal ato será insustentável, confrontará a moldura constitucional e, nesta medida, será considerado inválido.

Por isso, que se a discricionariedade administrativa pode ser vista como “uma liberdade de escolha da conduta administrativa a ser adotada, a partir de um universo de condutas admitidas como válidas pela ordem jurídica” (CARDOZO, 2005, p. 49), e se a sustentabilidade limita este espectro da validade, então toda a discricionariedade

administrativa (raciocínio que pode ser estendido à legislativa) tem que ser vista e lida a partir da sustentabilidade.

Explicuemos com um exemplo. Como vimos anteriormente, em sede de políticas públicas, nem sempre a decisão técnica prevalece sobre a decisão exigida pelo seio social, na medida em que, muitas vezes, o corpo da sociedade não tem a exata noção dos riscos trazidos por determinadas ameaças.

Por exemplo, rotineiramente, a população tem mais medo das ameaças trazidas pelos dejetos radioativos, do que dos dejetos comuns, quando, na realidade, estes segundos pela grande quantidade, pode trazer um risco social maior (SUNSTEIN, 2001b, p. 8).

Nesta medida, uma escolha discricionária, aparentemente com maior apelo popular pode ser prejudicial em termos de futuro. Deste modo, cabe ao gestor, se a solução técnica não for a mais aceita, explicitar em termos de argumentos o porquê de a solução técnica dever ser efetivada, e buscar o apoio para sua consecução. (SUNSTEIN, 2001b, p. 33-35).

Este seria a melhor solução em termos de eficácia futura. Neste prisma, veremos nos próximos tópicos como a sustentabilidade (notadamente como critério negativo) condiciona estes espaços de liberdade, e até mesmo a interpretação e aplicação de institutos jurídicos que servem para conformar estes espaços de liberdade, como o mínimo existencial, a reserva do possível, e a vedação do retrocesso. O que faremos a partir de agora. A começar fazendo uma conexão (até óbvia) entre reserva do possível e a sustentabilidade aqui pregada.

3.8.1 A compreensão da reserva do possível

Outra questão sempre relevante em termos de discricionariedade, e especialmente em sede controle de políticas públicas, diz respeito à reserva do possível. Vejamos.

Explica Sarlet (2008, p. 201-202) que o argumento da reserva do possível surgiu na corte constitucional alemã (Caso BVGR 30, 33 – *numerus clausus*), que discutia sobre a constitucionalidade do fato de o número de vagas em universidade para cursos de medicina, poderem ser menores do que a demanda.

Neste ponto, discutia-se se feriria a constituição alemã, o fato de haver alguns jovens, que mesmo inclinados a estudar medicina, não poderiam seguir em tal profissão, pois não haveria vagas suficientes para cursar (PROCURADORIA DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO, 2006).

A corte constitucional refutou o pedido de inconstitucionalidade, sob o argumento de que as vagas existentes eram limitadas (e em rol exaustivo) e que não seria razoável a

pretensão de que mais vagas fossem criadas. Tudo porque, em se sabendo que os bens da vida são realmente limitados; não seria razoável pretender (ou esperar) que o número de vagas em universidade de medicina fosse ilimitado (PROCURADORIA DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO, 2006).

O Brasil recebeu o argumento da reserva do possível sob três prismas: o primeiro, denominado material, que é relacionado ao aspecto econômico ou financeiro, de que a pretensão está além das forças patrimoniais do Estado; argumento que tem afinidade com o princípio de Direito Civil de que a obrigação a uma prestação impossível é nula (SARLET, 2008, p. 202).

Neste sentido, temos Carvalho Filho (2005b, p. 15): “O código civil estabelece que a validade do negócio jurídico requer ‘objeto lícito, possível, determinado ou determinável’ (art.104, III), e tais requisitos se aplicam também ao ato administrativo.”

O segundo tem relação com uma vinculação jurídica, na medida das possibilidades jurídicas do pedido; ou seja, de que tal pedido somente pode ser albergado se o ordenamento jurídico prevê a concessão, notadamente em termos dos meios procedimentais para tanto (SARLET, 2008, p. 202).

Neste mister, é muito comum tratar como impossibilidade relacionada a uma reserva do possível jurídica, a inexistência, por exemplo, de rubrica e custeio orçamentário para uma determinada pretensão.

E o terceiro prisma, que é aquele mais vinculado à sua origem na corte constitucional alemã, que trata da razoabilidade da pretensão perante o que a sociedade pode oferecer (SARLET, 2008, p. 202).

Feito este registro, cumpre agora verificar se existe uma relação entre a reserva do possível, nos termos acima descritos e a sustentabilidade ora defendida nesta dissertação. Vejamos.

Com efeito, a reserva do possível tem íntima relação com a idéia de sustentabilidade. Isto porque, se a reserva do possível defende que o Estado somente pode ser obrigado a efetivar prestações que sejam material e juridicamente possíveis e razoáveis dentro do limite de suas forças; para a ideia de sustentabilidade, este mesmo Estado somente pode se obrigar ou ser obrigado a um determinado dispêndio ou serviço, se a prestação deste não prejudicar a concretização de outros bens jurídicos previstos no projeto constitucional em seu conjunto, no presente e no futuro.

Neste contexto, a sustentabilidade serve como baliza para uma ação estatal responsável, compromissada com a eficácia do projeto constitucional em toda sua extensão,

no presente e de forma evolutiva, no futuro. O que tem afinidade com a reserva do possível, pois esta prega exatamente evitar rupturas ou surpresas, que demandem dispêndios que o Estado não seja capaz de arcar.

Neste ponto merece destaque a relação entre reserva do possível e sustentabilidade. Desenvolveremos este assunto a partir de agora, em relação a cada um dos prismas da reserva do possível. A começar pelo prisma jurídico da reserva do possível.

Em sede de Direito Financeiro, as grandes balizas para o gasto público estão exatamente na Lei de Responsabilidade Fiscal⁷ (LRF) e nas Leis orçamentárias⁸. Com efeito, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), editada em face de comando constitucional, apregoa regras e procedimentos para o gasto público, notadamente para as despesas de caráter continuado, de modo a que a capacidade de investimento estatal se mantenha operante para fazer face os desafios de crescimento do Brasil.

E, neste mister, podemos afirmar que a LRF pode ser considerada uma aplicação concreta do princípio da sustentabilidade, já que aquele normativo prega a proteção do futuro, na medida em que exige, para validade de toda nova despesa de caráter continuado e que impacte os exercícios seguintes, a averiguação se a projeção de crescimento de receita suporta o crescimento da despesa (BRASIL, 2000).

E que se não, têm que ser tomadas medidas compensatórias, seja em termos de diminuição de outras despesas; seja em termos de aumento de receitas. O que, por sua vez, acaba por fazer exatamente a curatela do projeto constitucional, garantindo os recursos financeiros para que o mesmo não seja inviabilizado. Ou, seja, como estamos delineando: sustentabilidade.

Quanto à questão orçamentária, desde logo vale ressaltar que não concordamos que a simples inexistência de rubrica ou saldo orçamentário seja apta a obstaculizar, de modo definitivo, por exemplo, a concretização de direitos fundamentais.

Um raciocínio desta natureza é, sem sombra de dúvidas, equivocado. Isto porque o mesmo revela uma leitura trocada do sistema jurídico, já que não são os mandamentos constitucionais que têm de ser lidos a partir do orçamento, mas sim o orçamento que tem que ser lido e escrito a partir da constituição.

Desta forma, a falta de recursos orçamentários somente pode efetivamente oferecer substrato à reserva do possível, se este orçamento utilizou a tábua de valores e prioridades

⁷ Lei Complementar Federal nº 101/2000.

⁸ Quando falamos em leis orçamentárias incluímos além da Lei do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias, e da Lei Orçamentária Anual, também a Lei 4320/1964 que trata de toda a gênese dos orçamentos, como assim os procedimentos para a despesa orçamentária (BRASIL, 1964).

prevista na constituição para a alocação de recursos públicos (e aí entraremos na questão da face da razoabilidade da pretensão, que veremos adiante).

Tomemos o exemplo do art. 227 da Lei Magna Federal (BRASIL, 1988), que estabelece que as crianças e adolescentes gozam de absoluta prioridade em termos de proteção jurídica. Neste sentido, será que esta absoluta prioridade não deve revelar prioridade em alocação de recursos?

Se se afirma que constitui objetivo fundamental da república reduzir as desigualdades interregionais, será que isto não representa também uma vertente prioritária na alocação de recursos? Se não há ênfase constitucional em termos de prestação de publicidade institucional⁹, pelo contrário, há severas restrições e condicionantes, será idôneo direcionar recursos prioritários a esta área?

São perguntas pertinentes em termos de Hermenêutica constitucional, sendo que as respostas parecem-nos óbvias no sentido de que a lei orçamentária tem que espelhar o paradigma constitucional, exatamente porque o orçamento nada mais é do que um instrumento de planejamento de gastos e de limite para sua efetivação.

O orçamento é o substrato para o mecanismo de empenho, que por sua vez serve para garantir que não se gaste além do autorizado e notadamente além do disponível. Por isso as amarras previstas na Lei 4320/1964 (BRASIL, 1964) e na Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000).

Orçamento é sobretudo procedimento, e um procedimento não pode ser superior aos ditames da norma ápice do ordenamento jurídico estatal – a constituição. Nestes termos, como no Brasil, de regra, as leis orçamentárias não seguem uma distribuição de recursos sintonizada com os valores constitucionais (como visto acima, a distribuição dos recursos normalmente segue uma lógica de manutenção de posições estatais relevantes em termos de poder), então, a mera inexistência de rubrica orçamentária, ou a inexistência de recursos na rubrica orçamentária específica não servem como escudo absoluto para a utilização da reserva do possível.

No que pertine à reserva do possível em sentido material, tem-se que esta se relaciona com a efetiva existência ou não de recursos, para fazer frente a uma determinada despesa estatal. Só que, como é cediço, a absoluta inexistência de recursos é uma situação limite que pode não vir a ocorrer na prática; isto porque, o que normalmente ocorre é não haver recurso

⁹ Não estamos aqui falando de publicidade e da transparência dos atos oficiais, essenciais à República.

orçamentário-financeiro para determinada situação e/ou rubrica, e não a total ausência de disponibilidades financeiras.

A situação mais comum é haver recursos, porém eles estarem afetados a outros dispêndios. Sendo certo que, em acontecendo a situação limite, a situação de não haver recursos disponíveis, nada haverá que ser feito, pois estaremos na seara das obrigações impossíveis em face da completa ausência de lastro financeiro. E se a obrigação inadimplida constava do caminho do projeto constitucional, então chegamos a uma situação de insustentabilidade.

Neste prisma, tem mais interesse exatamente a questão da razoabilidade das pretensões, ou seja, em analisar o caso de, em não havendo recursos para todas as pretensões, quais devem ser priorizadas, e se a despesa analisada insere-se neste rol de priorização.

Neste contexto, analisar a razoabilidade da pretensão, em nossa visão, implica exatamente fazer uma análise de sustentabilidade da prestação ora pleiteada. E, neste mister, avaliar se a pretensão é chancelada ou não pela moldura constitucional,

Com efeito, se for entendido que a sustentabilidade está na moldura constitucional; ou seja, que a constituição tem um compromisso consigo própria de garantir a eficácia de seu projeto constitucional, notadamente no que pertine aos meios e condições que garantam a concretização evolutiva dos direitos fundamentais, no presente e no futuro. Então, toda e qualquer pretensão, até pela constitucionalização do Direito terá que ser avaliada em termos desta moldura.

E, para tanto, não basta avaliar uma pretensão individualizada, já que, por uma questão de isonomia e igualdade, tem que ser avaliada a pretensão, na medida de sua universalização a todos na mesma situação.

Neste sentido, se o Estado não for capaz de arcar com os custos; ou se for capaz, porém pondo em risco outros direitos fundamentais e o próprio projeto constitucional; então a moldura constitucional rejeitará tal pedido e a reserva do possível poderá ser idoneamente empregada.

Vejamos este ponto mais de perto. Realmente, especialmente em sede de demandas judiciais, muitas vezes se tem acesso, via processo judicial, a bens jurídicos que não são objeto de política pública acessível a todos, no sentido de que o Poder Público não elegeu aquele determinado bem ou serviço como objeto de política pública.

Neste prisma, alguém, sentindo-se devedor daquele bem ou prestação, leva o seu pleito ao judiciário, que passa a analisar se ordena (ou não) ao Poder Público, a satisfação daquele pedido.

Em o judiciário negando o pedido, a situação permanece como antes, nada havendo a acrescentar. Por outro lado, se o Judiciário cede ao pedido, algumas questões merecem reflexão.

A primeira e mais óbvia é a de que há uma quebra transversa do princípio da igualdade, já que o indivíduo que ingressou em juízo será beneficiado, e outros em situação semelhante, e que não tentaram a via judicial, não terão a mesma sorte.

Sendo certo que os que não entram em juízo, muitas vezes, por ignorância ou por condição de miserabilidade, muitas vezes têm menos condições de arcar com o benefício às próprias expensas, o que gera uma lógica de distribuição de recursos às avessas.

O que pode ser mitigado se o precedente judiciário for firme, formando uma jurisprudência e um caminho para inclusão da prestação ou bem jurídico, nas políticas públicas acessíveis de modo universal a quem delas precisa.

Foi o que aconteceu, conforme assevera Piovesan (2008, p. 166), com a política pública relativa ao fornecimento do coquetel antiviral aos pacientes com AIDS: pedidos judiciais reiteradamente concedidos fizeram com que a Administração passasse a fornecer aqueles remédios gratuitamente, e a todos que deles necessitavam. Neste sentido, a reserva do possível deve aferir não exclusivamente se é possível ao Poder Público fornecer aquela determinada prestação ou bem pleiteado.

Para embasar um procedimento sustentável, a aferição da reserva do possível tem que se referir a todos os possíveis beneficiários da política pública questionada ou omissa. Ou melhor dizendo, de modo a que a prestação possa ser universalizada a todos na mesma situação, para que não se criem preferências ou privilégios. Aliás, o exemplo da distribuição de remédios para a AIDS é emblemático na medida em que o Estado brasileiro foi capaz de universalizar esta política pública, que hoje é exemplo inclusive na seara internacional.

Realce-se mais uma vez que, se este raciocínio não for efetivado, estaremos elegendo uma espécie de loteria; uma política que consiste em beneficiar quem chegou primeiro. Seria o judiciário escolher quem serão os aquinhoados, o que não nos parece ser um caminho sustentável.

Nesta senda, vale o alerta de Barcellos (2008b, p. 151-154) para que haja um incentivo às ações coletivas, pois estas não visam ao conforto ou ao benefício de um só ou de um pequeno grupo de beneficiários. Verificando-se a situação como um todo (macrojustiça) pode-se fazer uma aferição mais sustentável da reserva do possível (e mais condizente com o Princípio da Igualdade).

Isto é especialmente relevante quando se tratam de prestações que são concedidas paulatinamente aos interessados por meio de filas. Filas para cirurgias, para doação de órgãos, entre outros.

Neste caso, o pedido individualizado tem que ser visto com o maior cuidado, pois furar uma fila como esta, pode significar colocar para trás, alguém, como aduzido acima, em maior dificuldade ou necessidade.

Desta forma, temos que a reserva do possível deve ser aferida sob uma visão de sustentabilidade crítica que leve em consideração as reais possibilidades atuais e futuras do ente público, em uma visão de universalização da pretensão posta sob análise.

Sendo certo, ainda neste prisma, que a sustentabilidade como parte integrante da moldura constitucional servirá não apenas como filtro para sindicar se determinada prestação é devida ou não, em juízo de justiciabilidade.

Ela servirá também como elemento de controle da correção da política pública analisada. Isto porque, se determinado tipo de prestação está inserida na moldura da constituição, pois já submetida à lente da sustentabilidade; então esta conduta é de ser replicada a todos os possíveis interessados; o que deve ser objeto de controle pelos órgãos competentes, tais como o Poder Legislativo, os Tribunais de Contas e o Ministério Público.

Valendo também a expectativa inversa, qual seja, se determinada prestação é efetivada de ofício pelo ente público e esta revela uma prática insustentável, na medida em que põe em perigo o projeto constitucional, então tal prestação é de ser sindicada e proibida por não se inserir no âmbito da moldura constitucional.

Feito este registro, temos outra questão relevante, que diz respeito à interpretação do mínimo existencial; tema a ser abordado de agora por diante.

3.8.2 A interpretação do mínimo existencial

Um dos principais temas em sede de controle da liberdade decisória estatal é exatamente discutir a garantia do mínimo existencial, que, em rápidas palavras, corresponde ao substrato mínimo de direitos apto a assegurar, ao indivíduo, uma vida digna, com proteção, segurança, saúde, moradia e possibilidade de lazer e desenvolvimento intelectual.

Sendo, por isso, primordial e inescusável. É o que discrimina Torres (1990, p. 69), quando sustenta que: “o mínimo necessário à existência constitui um direito fundamental, posto que sem ele cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade.”.

No mesmo sentido, anota, SUNSTEIN (2001a, p. 03), aduzindo que, quando as necessidades mínimas não são supridas, quebra-se o muro de imunidade que protege o indivíduo contra o Estado, a ponto de não existir uma verdadeira liberdade.

E sem esta verdadeira liberdade, há apenas uma democracia formal e não substancial, sendo que o Direito Administrativo deve ser um instrumento propulsor da democracia substantiva (MOREIRA NETO, 2011, p. 05).

Registre-se, por oportuno, que se por um lado, o mínimo existencial corresponde a um patamar mínimo de dignidade; tem-se por outro que o conceito de mínimo existencial não corresponde ao de mínimo vital; ou seja, não se trata aqui do mínimo de condições passíveis de garantir a mera sobrevivência ou subsistência do indivíduo. Aqui estamos falando de assegurar não só a continuidade da vida, mas a vida com tranquilidade psíquica e com expectativas de oportunidades de evolução, especialmente em termos de desenvolvimento intelectual.

Pois, como bem assevera SARLET (2008, p. 195):

Convém destacar, ainda nesta quadra, que a dignidade implica uma dimensão sociocultural que também constitui elemento nuclear a ser respeitado e promovido, razão pela qual determinadas prestações em termos de direitos culturais (notadamente – mas não exclusivamente – no caso da educação fundamental) haverão de estar sempre incluídas no mínimo existencial [...]

Neste sentido, a jurisprudência tem sido assente¹⁰ no sentido de que cabe ao Estado garantir à sua população, por meio de políticas públicas, este mínimo existencial. Deste modo, em o indivíduo não sendo contemplado em uma das múltiplas searas correspondentes ao mínimo existencial, pode reclamar tal fato em juízo, demandando-se a intervenção do judiciário¹¹.

De outra sorte, merece relevo dimensionar o tamanho deste mínimo existencial, estabelecendo se todos têm direito a todas as prestações, e qual o nível de conforto a ser assegurado pelo Estado em termos de educação, saúde, moradia, alimentação, entre outras necessidades.

Ora, esta é a grande dificuldade, pois se em casos extremos é fácil aferir uma situação que demanda atuação: ausência de moradia; ausência de escola; situação de fome, entre

¹⁰ Vide a posição do STF no ARE 639337/SP e RE 581352 Agr/AM)

¹¹ Para proteger a chamada intangibilidade do mínimo existencial.

outras. Em outras situações, podemos adentrar em uma zona cinzenta, onde os direitos fundamentais são atendidos, mas em parâmetros de não excelência.

Por exemplo, se cinco pessoas dividem uma moradia de um cômodo? Se esta moradia não tem esgotamento sanitário? Mas a casa é própria e escriturada?

Se há vagas em escola, mas esta escola não é bem avaliada pelos indicadores específicos? Se o governo paga um auxílio que não é suficiente para propiciar lazer à família (mas contempla necessidade de moradia e alimentação)? Há que se perguntar: o mínimo existencial foi violado?

Por outro lado, pensemos o inverso: se o Estado garantir, sem nenhum tipo de contrapartida, casa própria, nova e ampla para cada família interessada. Serviço educacional de altíssimo nível, totalmente gratuito e acessível a todos. E pagamentos de auxílios em valores suficientes para lazer, vestuário, alimentação e outras necessidades de consumo? Será que haveria estímulo para a população trabalhar? Buscar uma evolução social? Ou cairíamos na vala comum do descompromisso com o futuro e todos perderiam a perspectiva da necessidade do trabalho individual para a geração de riqueza para o país?

É este o alerta do princípio da subsidiariedade, que reza que o Estado deve garantir o mínimo existencial, visto como um ponto de partida para voos e conquistas maiores. É não só dar o peixe, mas ensinar a pescar, favorecendo a autorresponsabilidade dos indivíduos em lutar pela sua existência digna.

Neste sentido SARLET (2008, p. 211):

O princípio da subsidiariedade assume, numa feição positiva, o significado de uma imposição de um auxílio e, numa acepção negativa, a necessária observância, por parte do Estado, das peculiaridades das unidades sociais inferiores, não podendo atrair para si as competências originárias daquelas. Neste sentido, ainda na esteira de Neuner, o princípio da subsidiariedade assegura simultaneamente um espaço de liberdade pessoal e fundamenta uma “primazia da auto-responsabilidade”, que implica, para o indivíduo, um dever de zelar pelo seu próprio sustento e o de sua família.

Sendo certo que, em sede de recursos disponíveis, tal mínimo existencial amplíssimo não poderia ser implantado ao menos em curto e médio prazo em um país de carências tão gritantes como o Brasil.

Deste modo, entendemos que a perspectiva máxima¹² do mínimo existencial está limitada, em termos de sustentabilidade, pelas implicações que o reconhecimento deste

¹²O mínimo existencial, em termos de sustentabilidade, em sua perspectiva máxima, também está limitado pela capacidade financeira do ente. Isto foi discutido quando tratarmos de reserva do possível.

mínimo existencial terá na visão de futuro da população. Pois o mínimo existencial tem que ser uma garantia, mas nunca uma aspiração.

Como ainda, em termos de possibilidades financeiras, quanto à insuficiência de replicar este mínimo existencial a todo e qualquer indivíduo.

De outra parte, entendemos que também há uma perspectiva mínima para o assunto ora em tela. Realmente, o mínimo existencial, em termos de sustentabilidade, também tem um substrato inferior, que não pode ser diminuído. Isto sob pena de quebra da ordem social e de falência da ordem jurídica, pois, como é cediço, os direitos fundamentais têm um núcleo essencial que não pode ser invadido (SARLET, 2012, p. 411-413).

Raciocínio que vale em termos sistêmicos, envolvendo todas as dimensões da sustentabilidade mencionadas acima (dimensão ética, social, econômica e jurídica). E que pode ser suscitado, no sentido da declaração da insustentabilidade, mesmo que de determinada prestação ou empreendimento ou comodidade decorra uma contrapartida em desenvolvimento ou em termos de riqueza. (Notadamente em termos de quebra de dignidade ambiental que prejudique os indivíduos ou até mesmo outros seres vivos, em face do entrelaçamento vital entre os habitantes do Planeta).

Veja-se, neste ponto, Freitas (2012, p. 48): “todo e qualquer desenvolvimento que se tornar, a longo prazo, negador da dignidade dos seres vivos em geral, ainda que pague elevados tributos, será tido como insustentável.” (2012, p. 48).

Tudo porque, o que ora se prega é exatamente o Estado ter condições de garantir condições de vida de qualidade, para a sua população, no presente e no futuro. E, neste contexto, o simples não cumprimento daquilo que racionalmente pode ser considerado como mínimo existencial, revela quebra do princípio da sustentabilidade nos termos ora propostos nesta dissertação.

Deste modo, devemos sempre ter como ponto de partida que, ao menos condições de moradia; de educação em níveis fundamental e médio; acesso aos meios convencionais e ordinários de medicina preventiva e curativa, o que inclui acesso aos patamares nutricionais indicados em termos de alimentação; acesso aos meios e procedimentos para o exercício de cidadania; é possível, mesmo que em condições modestas e de autoridade, ao Estado disponibilizar.

E, neste ponto, não haverá tensão entre mínimo existencial e a reserva do possível, exatamente porque esta, a objeção da reserva do possível não será aplicável, pois a moldura

constitucional da sustentabilidade indica, neste exemplo, que há insuficiência na aplicação de recursos neste aspecto específico e essencial do projeto constitucional¹³.

Nesta senda, a sustentabilidade pode ser um parâmetro ótimo para estabelecer a legitimidade ou não, da suficiência ou não de determinada política pública, e do cabimento ou não da objeção da reserva do possível.

De outra parte, exatamente na medida do que foi proposto acima, ou seja, da moldura constitucional, temos que, se é possível estabelecer um patamar de concretização de direitos fundamentais, maior do que a garantia do mínimo existencial atualmente praticada, então este mínimo existencial possível -e melhor do que o praticado- pode e deve ser corrigido e exigido pelas instâncias ordinárias de controle, e de modo subjetivo, por todos aqueles que dele estão privados.

Exatamente porque a moldura constitucional passou a exigir um novo patamar de concretização do mínimo existencial, que passa a ser direito subjetivo de todos aqueles que estão em situação inferior à nova condição possível e suportada pelo novel patamar do caminho constitucional.

Delineados os registros acima, eis que surgem algumas indagações em termos de como se processará a implantação progressiva e evolutiva dos direitos fundamentais; em que medida a sustentabilidade tem relação com este ritmo de evolução; se a vedação ao retrocesso será sempre aplicável, mesmo que haja um colapso financeiro. São perguntas relevantes em termos de tensão com o mínimo existencial e que procuraremos responder a seguir.

3.8.3 Implementação progressiva dos direitos fundamentais

Reza o pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais (PIDESC) que os direitos humanos devem ter implementação progressiva, de modo que paulatinamente o processo de internacionalização dos Direitos Humanos seja efetivamente cumprido (BRASIL, 1992).

Neste sentido, *verbis* (artigo 2º, 1):

Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos

¹³ Isto porque é premissa de que este é o mínimo dos mínimos que o Estado tem que ofertar em termos de mínimo existencial, e que não está ofertando).

disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular a adoção de medidas legislativas. (BRASIL, 1992)

Sendo que, no caso brasileiro, o rol da Carta dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais, em grande medida já está consagrado em abstrato no ordenamento jurídico pátrio, porém, como é cediço, ainda de forma incompleta e com ineficácia em relação a diversos setores/agrupamento de indivíduos.

O que não é nenhuma novidade em termos do plexo de concretização de direitos, pois como assevera Bobbio (2012, p. 19), os direitos fundamentais têm a característica da historicidade, ou seja, são paulatinamente construídos e reconhecidos ao longo dos tempos, em uma crescente realização, passando de direitos naturais, para direitos positivos locais, para depois serem consagrados como direitos positivos universais.

Sendo que transição semelhante pode ser imaginada em termos de eficácia e concretização já que, como alerta Bobbio (2012, p. 18):

as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente expressão de um pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador.

Deste modo, é obrigação do Estado (e de seus gestores/intérpretes) construir e realizar na prática este projeto de eficácia ideal dos direitos fundamentais, e que faz parte do âmago do projeto constitucional; projeto este que deve ser aperfeiçoado e concretizado de forma evolutiva dia-a-dia. Ou seja, implantado progressivamente,

Neste mister, cabe agora aclarar como fica a implantação progressiva em termos de sustentabilidade. Já que não basta sustentar o que já existe; é preciso sim, muitas vezes, partir-se do zero em busca de um mínimo existencial, para depois alcançar-se um patamar sustentável em relação a este mesmo mínimo existencial. Expliquemos melhor.

Realmente, o que se prega em termos de sustentabilidade é exatamente um Estado provedor na medida de suas possibilidades fáticas; porém, possibilidades fáticas reais, e não possibilidades colonizadas por interesses egoísticos, visando o privilégio de alguns poucos. (como vimos acima, em sede de reserva do possível).

Neste contexto, em termos de sustentabilidade, deve o Estado, e os agentes representantes pelo desenho de sua vontade, procurar cumprir da maneira mais eficaz e mais rápida os desígnios constitucionais, dentre eles os direitos fundamentais, notadamente os

Direitos Sociais, que necessitam, em regra de um maior aporte financeiro para sua concretização. Neste ponto, lembre-se que a implementação de direitos de liberdade também envolve custos, porém, há que se reconhecer que envolvem custos menores do que a garantia dos direitos sociais (SUNSTEIN, 2001a, p. 03).

Sendo relevante não apenas implementar, mas também garantir, enquanto o direito em tela for visto como uma faceta da dignidade da pessoa humana, a sua eficácia prospectiva em termos de futuro,

Sendo certo que se está na moldura constitucional determinado nível de concretização de direitos fundamentais, pois já assegurado no texto constitucional, e dentro das possibilidades fáticas do Estado Brasileiro, então este nível de satisfação deve ser implementado do modo mais célere, pois estará o Estado descumprindo um mandamento da Lei Maior, que deve ser interpretado e implementado, como vimos, extraindo todas as condições de possibilidade permitidas pela norma constitucional.

Merecendo realce que, se a condição econômica ou os recursos disponíveis não são suficientes para a implementação ideal e a eficácia plena de todos os Direitos, deve ser escolhido um caminho que, em sede de ponderação, especifique e concretize os bens jurídicos mais relevantes; e, mais do que isso, trace um caminho para que a progressividade e evolução continuem no futuro, e nos aproximemos assintoticamente da condição ideal prevista pela norma.

E mais, deve ser garantido o direito com vedação de retrocesso¹⁴. Ou seja, deve ser implementado com as cautelas de que as prestações possam ser continuamente adimplidas no futuro. Tudo para que a história do projeto constitucional possa ser escrita sem interrupções ou atropelos.

Neste sentido, deve o Estado, e suas escolhas políticas e orçamentárias reverenciarem o projeto constitucional no sentido do cumprimento sempre progressivo da agenda da Carta Magna, devendo as eventuais impossibilidades de atendimento de todos os aspectos preconizados pela constituição, serem contingenciadas, porém de modo racional e de modo que as forças do erário sejam dirigidas a programas que garantam, ao menos o mínimo existencial a toda a população, e neste mister, afastando toda e qualquer despesa que possa ser considerada voluptuária, supérflua ou desnecessária.

3.8.4 Vedação do retrocesso

¹⁴ Sendo certo que, conforme veremos a seguir, pode haver retrocesso quando o direito em questão não for mais de necessário provimento, haja vista o princípio da subsidiariedade.

A vedação do retrocesso é um cânone altamente relevante de defesa dos direitos fundamentais e intrinsecamente ligado à sustentabilidade nos moldes em que a vemos. Isto porque se pregamos que a flecha da concretização dos direitos fundamentais tem que sempre se portar de modo contínuo em busca da evolução social, é claro que esta flecha não pode retroceder.

Neste ponto cabe esclarecer se este raciocínio deve perdurar se as condições fáticas não sustentam mais um determinado nível de concretização de prestações; seja porque houve decisões erradas no passado que inviabilizaram este nível de concretização ou este projeto constitucional; ou, seja porque houve alguma tragédia ou guerra ou fenômeno climático que inviabilize o nível anterior de prestações. Ou se um decréscimo de concretização destes poderia redundar na morte da constituição.

Com efeito, uma constituição não finaliza a si mesma, e se a mesma continua vigente, então suas normas terão que ser lidas a partir da nova configuração fática posta. E, neste mister, a Carta Magna terá que se regenerar, curar suas feridas a partir do caminho mais curto para que se volte ao status fático de concretização dos direitos fundamentais anterior.

E, neste passo, surgirá, infelizmente um novo ponto de partida para aferição da concretização (e da sustentabilidade) dos direitos fundamentais, da medição do interesse público e da construção do projeto constitucional.

Ou como salientamos anteriormente, na esteira de Dworkin (2007, p. 275-279), haverá um recomeço da história do projeto constitucional, onde o marco inicial, infelizmente, começará em patamar inferior ao que se possuía anteriormente.

Deve, portanto, ser lido o projeto constitucional a partir deste novo patamar - daí a importância do monitoramento da realidade fática do seio social, para que este novo marco de partida do projeto constitucional esteja bem presente e bem configurado, para que haja o sucesso nesta nova tentativa.

Sendo certo que o Direito e seus mecanismos de controle não podem fechar os olhos para a realidade fática, especialmente em relação àquilo que já ocorreu, consumiu-se e não pode ser modificado. Sendo ínsito a este mesmo controle que haja mecanismos de punição para aqueles que deram causa, ou não preveniram ou não anteviram a chegada desta situação fática prejudicial. E as punições têm que ser as mais graves possíveis, na medida em que houve fraude ou grave ofensa ao projeto constitucional em si.

Por outro lado, as objeções à vedação ao retrocesso não vêm apenas de condutas negativas ou de erros de previsão. O retrocesso pode ser necessário, quando determinado nível

de atuação estatal não seja mais necessário para garantir determinados direitos fundamentais no seio da sociedade.

Isto ocorre especialmente quando tratamos de ações afirmativas, de discriminação positiva, para reduzir algum tipo de desigualdade histórica.

Por exemplo, quando os níveis de participação social e política das mulheres, notadamente quanto à valorização do trabalho e oportunidades de emprego forem iguais aos dos homens, então não haverá sentido qualquer ação desigualatória entre os sexos, podendo ser abolidas as ações afirmativas neste campo, sem que se possa falar em retrocesso social.

Aliás, em termos previdenciários, já se assevera que não há mais sentido em um tratamento privilegiado às mulheres, com redução de tempo de contribuição para o sexo feminino, na medida em que as justificativas para tal diferença vêm sendo dirimidas pela realidade social, já que a chamada dupla jornada do sexo feminino não mais ocorre como se destacava no passado. Ademais tal dupla jornada, quando existe, não representa diminuição da capacidade laborativa ou de longevidade (GIAMBIAGI, 2007, p. 179-190).

Pelo contrário, as mulheres são mais longevas e mais aptas ao trabalho em longo prazo. O que gera inclusive outro problema atuarial e previdenciário, qual seja, as mulheres além de se aposentarem antes, percebem o benefício até idades mais avançadas, pois têm expectativa de vida maior.

Neste ponto, talvez fosse mais lógico e mais consentâneo com o próprio espírito constitucional, que este regramento das aposentadorias especiais fosse mitigado, trazendo fôlego financeiro (com a economia no pagamento de benefícios) e sustentabilidade a outros setores mais sensíveis do projeto constitucional brasileiro.

O que se justifica também, porque o índice de exigibilidade de prestações sociais pode ser variável ao longo do tempo; e, neste mister, a dinâmica das necessidades do hoje e de sua replicação em direção ao futuro, podem exigir novos tipos de prestação ou de atuação do Estado; o que leva a uma modificação de prioridades do projeto constitucional e uma modificação na sua moldura de sustentabilidade e do que pode ser alegado em sede de reserva do possível.

Sendo certo, ainda, neste exemplo concreto, que a igualdade de direitos entre homens e mulheres é a regra, consoante art.3º do PIDESC (BRASIL, 1992); e não havendo mais necessidade e/ou possibilidade social do tratamento desigual, então, como visto, este não mais será, em termos de sustentabilidade, amparado pela baliza do projeto constitucional.

Neste ponto, se a moldura constitucional não mais contempla tal distinção; então, os mecanismos e instituições de controle da própria constituição devem laborar para que o texto

constitucional seja modificado e atualizado, para estar em consonância com o paradigma de sustentabilidade do projeto constitucional.

3.9 BALIZA HERMENÊUTICA DA SUSTENTABILIDADE: UMA SÍNTESE AO APLICADOR

Resumindo as ideias do texto de uma forma prática, podemos asseverar que a Hermenêutica da sustentabilidade, ou a utilização do princípio da sustentabilidade como baliza para a liberdade decisória, pressupõe as seguintes atitudes mentais por parte do intérprete/aplicador.

Primeiro, uma atitude de reverência ao projeto constitucional como um todo, ou seja, tendo em conta a sua perspectiva total, sindicando os efeitos decorrentes da sua decisão nos demais setores de atuação do poder público e da sociedade. Ou, dizendo em outras palavras, analisando a repercussão da sua decisão em todas as dimensões da vida em comunidade: dimensão ética, dimensão social, dimensão econômica, dimensão jurídica.

Segundo, que a reverência proposta inclua não só uma perspectiva de totalidade, mas também uma perspectiva de eternidade, na medida em que a submissão ao projeto constitucional deve ser demonstrada não só em relação ao presente, mas também em relação ao futuro. Ou seja, o aplicador deve vincular-se também à perspectiva futura do projeto constitucional, considerando que a decisão tomada corresponde a um passo de uma longa caminhada ao encontro da eficácia total das disposições da constituição. E que cada passo, não só tem que demonstrar estar no caminho, como ainda asseverar que está utilizando o caminho mais rápido.

Terceiro, se a vinculação do aplicador é com o projeto constitucional, então ele terá que estar umbilicalmente ligado e comprometido com a concretização evolutiva, contínua e sustentável dos direitos fundamentais; matéria, sem dúvida, intimamente conectada com o projeto constitucional.

Tudo porque a missão do aplicador (categoria na qual incluímos o legislador como aplicador da constituição) é garantir a assunção do interesse público, que, como foi descrito, corresponde ao projeto constitucional, em sua perspectiva presente e futura, notadamente em relação à sua face de concretização de direitos fundamentais. Ademais, é também missão do aplicador reverenciar a eficácia da constituição, de modo a garantir que o projeto constitucional tenha eficácia prospectiva, pois, quanto mais a constituição é reverenciada,

mais ela adquire legitimidade para conformar a vida social, e superar os óbices de ordem fática a ela impostos.

Quarto, o aplicador deve ter em mente que o princípio da sustentabilidade está inserido na moldura constitucional, vetando proposições legislativas e administrativas que não homenageiam o projeto constitucional (vetando, portanto, proposições que não colaboram, ou retardam a conclusão deste projeto no futuro), e que não reverenciam a concretização presente, evolutiva, futura e de forma mais célere dos direitos fundamentais.

Nesta medida, e isto é relevante, as proposições acima mencionadas vetam todas aquelas decisões que alberguem soluções ou situações que simplesmente geram perplexidades no futuro, por sua inviabilidade no longo prazo; tais como as atuais soluções de trânsito, de saúde, de previdência, de repartição de receitas, entre outras. Na medida em que, em todos os casos, os exemplos mencionados prejudicam a eficácia do projeto constitucional no futuro.

Quinto, que a moldura mencionada não é estática, já que, em se considerando o projeto constitucional como uma caminhada, esta pode sofrer reveses, interrupções, e pode ser levada por más decisões, a retrocessos e novos pontos de partida. Deste modo, a moldura tem que ser revisitada constantemente para verificar se a solução escolhida é a mais condizente, no momento, com o projeto constitucional.

Sexto, que a moldura em termos da real discricionariedade (onde o aplicador, com base em seus valores, e sua volição completará o comando da norma no caso concreto) demandará que a escolha a ser feita conduza, dentre as soluções possíveis, àquela que melhor homenageie o projeto constitucional e a concretização contínua, evolutiva e sustentável dos direitos fundamentais no futuro.

Que, em termos de conceitos jurídicos indeterminados, que a intelecção destes conceitos, no caso concreto, na busca da melhor solução, deve levar em conta que a melhor solução será aquela que melhor incentiva o projeto constitucional e a eficácia dos direitos fundamentais no presente e no futuro.

Que, em termos da aplicação de diretrizes e objetivos de legislação finalística, na ponderação dos princípios, deverá ser levado em conta o peso do princípio da sustentabilidade, já que como foi visto, trata-se de princípio vinculado à própria essência da constituição, tendo, por isso, peso relevante.

E que, em qualquer caso, a moldura mencionada interfere na compreensão do ordenamento jurídico, e de seus institutos, repercutindo na apreciação de temas como a reserva do possível, o mínimo existencial, a implementação progressiva dos direitos

fundamentais e a vedação ao retrocesso, devendo todos, quando da aplicação, ser lidos à luz da sustentabilidade.

Quanto à reserva do possível, especificamente, deve ficar patente que, verificadas as reais possibilidades fático-financeiras do ente público, e aferida a pretensão de acordo com a sua universalização, observada a isonomia; então serão devidas todas as pretensões relacionadas a direitos fundamentais, que não prejudiquem, em termos gerais, a concretização sustentável destes e dos demais direitos fundamentais no futuro. Havendo o prejuízo, ou seja, prejudicada a concretização futura dos direitos fundamentais, a moldura de sustentabilidade vetará a pretensão.

Quanto ao mínimo existencial, deve ficar assentado que este não pode ser visto nem em uma perspectiva insuficiente que não garanta um substrato mínimo de direitos, proporcional às reais possibilidades fático-financeiras do ente público; nem em uma perspectiva excessiva, que não possa ser custeada no futuro, ou que esteja em desacordo com o projeto constitucional; e muito menos em contraponto aos incentivos para a valorização do trabalho e do desenvolvimento.

Quanto à implementação progressiva dos direitos fundamentais, deve restar delineado que, como visto, a concretização do projeto constitucional é feita do modo paulatino. Porém, que, em se tratando de direitos fundamentais, esta implementação é de ser feita do modo mais célere possível.

E quanto à vedação do retrocesso, deve ficar asseverado que a flecha de concretização de direitos fundamentais realmente tem que ser voltada para a evolução/ampliação de tais direitos. Porém, que duas situações merecem atenção: a primeira, de que decisões erradas, ou motivos de força maior podem denotar o retrocesso; e aí, as providências para o caminho de volta (para a situação fática anterior antes do retrocesso) devem ser tomadas de imediato. E a segunda, que a vedação do retrocesso não abarca situações em que determinadas pretensões não mais se adequam à realidade social vigente. Sendo que, neste caso, não haverá retrocesso, mas sim reconhecimento de que o nível de concretização chegou a tal ponto, que a pretensão em questão não é mais justificada.

Sétimo que, em o aplicador não se cercando destas cautelas, e havendo utilização da liberdade decisória para decisões insustentáveis; tem-se que a própria constituição e o sistema jurídico revelam mecanismos de defesa para reprimir tais decisões.

Nesta medida, em se tratando de atos legislativos, pode ser feito o devido controle de constitucionalidade das disposições insustentáveis. E, em se tratando de atos administrativos, pode ser arguida a nulidade dos atos que ferirem esta moldura de sustentabilidade.

Merecendo relevo que, mesmo normas constitucionais podem sofrer o controle de sustentabilidade. No caso de normas constitucionais oriundas do poder constituinte derivado, se estas macularem a perspectiva futura dos direitos fundamentais (e o direito fundamental ao futuro) elas podem ser declaradas inconstitucionais.

E, no caso das normas constitucionais originárias, em uma situação onde haja a impossibilidade de estabelecer uma interpretação que reprima o sentido insustentável, e considerando que os sistemas de controle previstos na constituição existem para defendê-la; então o próprio Poder Legislativo tem o dever de expungir da constituição a norma que não mais corresponde à moldura de sustentabilidade da mesma. E órgãos de controle, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas (guardiães expressos do projeto constitucional) devem atuar para que tais alterações produzam efeito, e a insustentabilidade seja superada.

CONCLUSÕES

Do exposto, tem-se que o ordenamento jurídico atual espelha a chamada constitucionalização do Direito, paradigma onde a constituição conforma e dá toda a tessitura do ordenamento jurídico; funcionando não só como norma hierárquica superior, mas principalmente como prisma e lente a partir da qual deve ser compreendido e interpretado todo o ordenamento infraconstitucional.

Que este novo paradigma teve como marco histórico a necessidade de superação dos horrores da segunda grande guerra, e as atrocidades advindas dos regimes fascista e nazista; na medida em que percebeu-se como necessário um Direito mais voltado à concretização dos valores, ao respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais. E, principalmente, um Direito voltado ao estabelecimento de barreiras para que tal violência não mais acontecesse.

Que o fenômeno da constitucionalização do Direito teve como marco filosófico o pós-positivismo, movimento que procurava garantir as garantias de segurança jurídica advindas do primado da lei formal, mas que reconhecia a supremacia axiológica da constituição, que daria a conformação em termos de valores a todo o ordenamento jurídico.

E como marco teórico, três nuances: a) o reconhecimento da força normativa da constituição, que passa a ter reconhecida normatividade própria e autônoma, fazendo exigíveis não só seus mandamentos, como assim influenciando todas demais normas do ordenamento jurídico; b) a expansão da jurisdição constitucional, exatamente para preservar a Lei Maior como ápice máximo do sistema jurídico, expungindo e adequando normas que destoem dos cânones e valores ofertados pela constituição; e, finalmente, c) o

desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, sintonizada com este novo paradigma de supremacia não só formal, mas também hermenêutica da constituição, influenciando toda a compreensão do ordenamento infraconstitucional.

Defende, a dissertação, ainda, que, sob o cânone da constitucionalização do Direito, os direitos fundamentais, assim considerados aqueles fulcrais, vinculados com a natureza do homem, enquanto ser racional e consciente de sua singularidade (e, nesta medida normas constitucionais por excelência) ocupam uma posição de centralidade no sistema jurídico; e, como normas constitucionais, espriam efeitos irradiantes por todo o ordenamento, fazendo com que, tanto a relação Estado-indivíduo, como as relações indivíduo-indivíduo tenham que ser reverentes e chancelarem a tais direitos. O que é denominado pela doutrina, respectivamente, de eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais.

Neste mister, em face da centralidade e importância dos direitos fundamentais, em feita uma investigação histórica e filosófica de tais direitos, demonstra-se que se tratam de direitos que foram reconhecidos paulatinamente pelos ordenamentos jurídicos, tendo por base diversas correntes filosóficas, desde o cristianismo primitivo, passando pela doutrina do direito natural, pelo pensamento iluminista, até chegar às perspectivas mais modernas, como o marxismo, a doutrina social da igreja e a doutrina do Estado do Bem-Estar Social.

Estabelece ainda que os direitos fundamentais têm um caráter inicial e fundante nos ordenamentos jurídicos, exatamente pela posição de centralidade mencionada, e pelo fato de que, no constitucionalismo contemporâneo, ao menos na tradição ocidental, e pelo próprio processo de internacionalização dos direitos humanos, os ordenamentos jurídicos são pensados sob a lógica de garantia de um núcleo-duro de direitos fundamentais, sendo considerados tais direitos um pilar essencial para o modelo (constitucional) atual de sociedade.

É asseverado também que os direitos fundamentais podem ser lidos sob uma dupla fundamentalidade: uma fundamentalidade formal, onde a qualificação de um direito como fundamental adviria do reconhecimento, expresso ou implícito, pelo ordenamento jurídico, de tal qualificação.

Como ainda uma possibilidade de fundamentalidade material, onde o reconhecimento do patamar de fundamentalidade adviria da importância daquele direito para garantia do substrato de humanidade (e preservação da dignidade) do indivíduo. O que denotaria um reconhecimento lógico de tal fundamentalidade.

Explica, outrossim, acerca do reconhecimento de um catálogo aberto de direitos fundamentais (caso da constituição brasileira), no qual a própria constituição possui cláusulas

de abertura que permitem o reconhecimento de outros direitos fundamentais, demandados por tratados internacionais de direitos humanos, ou pela própria evolução da sociedade.

Discute a relevância da aproximação entre o Direito e a Filosofia, pois a Ética e o Direito buscam, em última análise, objetivos semelhantes em termos de traçar padrões de condutas virtuosos, em termos de estabelecer os valores a serem atingidos e os objetivos da vida em sociedade.

Trabalha, ainda, o processo de constitucionalização do Direito Administrativo, que teve como consequência uma maior aproximação deste ramo do Direito com os direitos fundamentais; devendo o Direito Administrativo ser visto como um ramo do ordenamento ancilar da proteção dos direitos fundamentais, e da construção dos objetivos finais do Estado, que no caso específico brasileiro, é moldar uma sociedade livre, justa, solidária, desenvolvida, onde o bem de todos prevaleça, sem preconceitos e discriminação de qualquer espécie.

Relata também, diversas ameaças à construção deste Estado ideal, plasmado a partir dos direitos fundamentais, notadamente ameaças em relação ao futuro. Neste ponto, especifica os perigos da falta de regulação dos bens comuns, o que pode trazer escassez, e quebra de dignidade. Como também os riscos trazidos pela sociedade tecnológica, em termos de acidentes, catástrofes climáticas, entre outras; o que deve ser uma preocupação presente de cada indivíduo e do Estado.

Neste mister, desenvolve com mais proximidade os argumentos da Ética da Responsabilidade de Hans Jonas, e seus cânones de proteção da vida, do futuro, e da responsabilidade de todos os indivíduos e do Estado para a consecução deste mister.

Relata que a sociedade técnica evolui de forma indiscriminada, fazendo com que as alterações impostas na realidade do Planeta denotem consequências incertas que podem, inclusive, ameaçar o futuro da humanidade, seja com a extinção da vida humana, ou ao menos, com ameaça de severas mitigações em sua dignidade.

Restando assentado que é necessário o desenvolvimento de uma nova Ética que fuja do paradigma do presente e se volte a um paradigma de cuidado com o futuro; e, mais do que isso, que a todo momento se volte para o que já foi feito, pois é o partir do que foi feito até hoje (e para resguardar o futuro do Planeta), é que devem ser delineadas as ações futuras. Daí a necessidade do uso intensivo da cautela, da prevenção e do planejamento.

Neste contexto, assevera a necessidade de responsabilidade (de cada um e do Estado) pela proteção da vida com um todo, pois o ser humano não se desenvolve isolado, ele vive em simbiose e em sinergia com todas as outras espécies vivas, não havendo noção em quanto a extinção de uma ou mais espécies repercutirá na evolução humana.

E a necessidade de resguardar o futuro, pois o ser humano tem um compromisso ético em salvaguardar um futuro de qualidade para sua descendência, e resguardar o legado da espécie humana. O que traduz, também, responsabilidade do Estado e de seus administradores pela consecução destes imperativos.

Neste prisma, delineia a existência de um direito fundamental ao futuro, na medida em que a dignidade da pessoa humana não pode ser vista como uma fotografia presa no momento presente. Ela tem que ser vista como uma flecha, apta a resguardar todos os momentos da vida de cada indivíduo (o que se espalha para o futuro); como ainda, apta a proteger também a descendência, pois não há como descolar o ser humano de seus sentimentos familiares de proteção de seus filhos, netos, e assim por diante.

Um direito que pode ser reconhecido como tendo fundamentalidade formal no ordenamento jurídico brasileiro, já que decorre diretamente do direito à vida, e da dignidade humana (e do conjunto dos direitos fundamentais) em sua perspectiva dinâmica mencionada acima, de que eles têm que ser concretizados de forma contínua, evolutiva e sustentável no futuro.

Denota outrossim que a concretização contínua (e evolutiva) dos direitos fundamentais depende da manutenção da força normativa da constituição, ou seja, da sua condição de conformar o tecido social ao longo dos tempos.

Expõe que uma constituição não tem expectativas limitadas de vigência, que ela tem uma pretensão normativa de conformação social que se protraí no tempo. De outra parte assevera que esta perspectiva concretizadora e de sustentabilidade da força normativa ao longo do tempo será tão mais forte e efetiva, quanto mais o seio social acreditar e obedecer à vontade conformadora da constituição.

Ficando assentado, que tanto mais democrática será a constituição, quanto maior participação houver nos procedimentos de discussão da interpretação constitucional.

Deste modo, assevera que tanto mais sustentável será a força normativa dos comandos constitucionais, notadamente os relacionados a direitos fundamentais, quanto mais os intérpretes da constituição (o que inclui os agentes delineadores da vontade estatal) acreditem e ajam conforme a vontade delineadora da constituição.

Neste ponto, seja pela necessidade de proteção da perspectiva futura dos direitos fundamentais, seja pela necessidade de proteger a pretensão conformadora prospectiva da constituição é desenhado o princípio constitucional da sustentabilidade, que exige não só a concretização sustentável e evolutiva dos direitos fundamentais, mas também a eficácia contínua da pretensão normativa do projeto constitucional.

Ou seja, um princípio que transcende a perspectiva ambiental mais comum, e passa ter outras dimensões: ética, social, econômica e jurídica, de modo a que seja conformado o ordenamento jurídico como um todo, e as ações dos indivíduos, como assim, a que seja protegido o projeto constitucional, e a concretização evolutiva dos direitos fundamentais, no presente e no futuro.

Defende também, com base em diversos exemplos, que, muitas vezes, as ações dos indivíduos, e ações dos administradores e gestores não são reverentes à necessidade de proteger a perspectiva futura dos direitos fundamentais e a própria eficácia prospectiva da força normativa da constituição.

Exemplifica escolhas políticas que estão levando a gestão pública brasileira a um paradoxo. Cita a falta de incentivo às ações preventivas de saúde, como também a distribuição de recursos aos Municípios, e ainda o problema previdenciário, como ameaças à eficácia do projeto constitucional. Ou seja, escolhas insustentáveis e que devem ser refutadas e corrigidas pelos meios de controle cabíveis, em face do princípio da sustentabilidade.

Esclarece, ainda, que o interesse público é um conceito jurídico indeterminado, tendo uma zona de certeza positiva, uma zona de certeza negativa e um halo conceitual.

E que interesse difere de direito subjetivo, na medida em que o interesse espelha uma pretensão, a qual ainda não corresponde um dever na ordem jurídica. Diferente do direito subjetivo, que pode ser exigido perante o ordenamento.

Declara que o interesse público é um conceito dinâmico e evolutivo, na medida em que não basta uma consecução da meta, tem que ser traçado o caminho para o alcance do fim de interesse público. Sendo certo que, dia-a-dia são impostos novos obstáculos e novos desafios para a concretização dos direitos fundamentais no presente e no futuro.

Como ainda que o interesse público é um dado de realidade, na medida em que somente pode ser aferido e controlado, a partir de sua concretização no mundo dos fatos. Daí que o debate acerca do interesse público deve ser centrado no agir: o que é agir em prol do interesse público, e sindicá-lo se esta atuação é apta, no caso do Estado, a atingir os fins maiores exigidos pela sociedade.

Da mesma forma, resta estabelecido que não há uma verdadeira dicotomia entre o chamado interesse público e os interesses privados, já que, diversas ações que colaboram sinergicamente para a assunção do interesse público, notadamente o exercício da atividade econômica, provêm da iniciativa privada.

Como ainda, no mundo dos fatos, muitas das iniciativas estatais visam interesses particulares dos eventuais detentores do poder.

Nesta medida, o interesse privado deve ser respeitado e protegido quando vinculado a uma moldura maior de consecução do bem estar geral, e tendente a atingir os fins e valores preconizados pela constituição.

Por isso, o contraponto do interesse público é não o interesse privado, mas sim o interesse egoístico, entendido como aquele disposto na zona de certeza negativa do interesse público.

Neste prisma, esclarece que os interesses egoísticos podem advir de interesses particulares de agentes políticos e administradores, que, muitas vezes privilegiam atitudes que lhes sejam úteis para a permanência no poder, em detrimento de ações de bem estar coletivo.

Podem advir do interesse dos indivíduos que, mais das vezes, valorizam resultados que os beneficiam, em contraponto a um interesse geral e coletivo. O que é muito visto em termos eleitorais, como o exercício do sufrágio em troca de vantagens.

Podem advir também do interesse da maioria, porque não se pode recair em uma ótica utilitarista de que a solução que maximize a felicidade é aquela que deve ser tomada. Têm que ser respeitados os direitos fundamentais da minoria; e, nesta medida, decisões que beneficiem a maior parte da população, mas que invadam o núcleo essencial dos direitos fundamentais da minoria são antidemocráticas e contrárias ao interesse público.

Como ainda dos interesses corporativos, já que, de regra, as corporações, como por exemplo, as de servidores públicos, defendem uma maximização do interesse dos seus integrantes, sem sopesar uma moldura maior de interesse geral.

E também do interesse secundário do Estado, porque, em muitas situações, o Estado Administração se preocupa mais em manter posições de poder, ou em preservar a utilização eleitoral dos recursos, do que cumprir os seus misteres em termos de direitos fundamentais.

À parte dos interesses egoísticos, delineia uma zona de certeza positiva em relação ao interesse público, qual seja, o agir tendente a uma concretização sustentável dos direitos fundamentais no presente e no futuro; como assim, um agir tendente à preservação da força normativa da constituição, o que se confunde com a consecução dos objetivos da Lei Maior. Ou, dito de outra forma, um agir voltado à preservação do projeto constitucional (sendo que, deste projeto, em grande medida consta a concretização evolutiva e sustentável dos direitos fundamentais). Ou seja, uma reverência ao princípio da sustentabilidade.

Resta certo, também, que esta zona positiva, esta correlação entre a observância do princípio da sustentabilidade e o interesse público, deve condicionar o exercício da liberdade decisória estatal, ou seja, o exercício da discricionariedade, a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e a aplicação da legislação finalística.

E que o aumento da liberdade decisória do administrador é uma tendência do pós-positivismo, já que a modernidade complexa impede que a constituição e/ou a lei preveja(m) todas as soluções para todas as situações delineadas na vida em sociedade. Porém, restando claro que toda e qualquer liberdade decisória é sempre outorgada de modo a que a decisão contemple o interesse público.

Neste sentido, delibera que toda liberdade decisória deve ser ancilar do projeto constitucional, sendo por isso, necessário entender como a constituição funciona como uma ordem fundamento e uma ordem moldura.

Que a constituição funciona como uma ordem fundamento, em uma perspectiva legislativa, ou seja, da constituição como genoma de todas as normas, buscando o legislador na Lei Maior, os limites para a criação legislativa. No caso, trabalhou-se com a constituição como ordem fundamento em sentido qualitativo, ou seja, reconhecendo que a constituição traz o parâmetro para as decisões fundamentais da comunidade, deixando uma margem de liberdade decisória ao legislador.

E que a constituição funcionaria como ordem moldura, em uma perspectiva judiciária, de controle de compatibilidade do ordenamento infraconstitucional com a Carta Magna.

Neste ponto, desenvolve a ideia da ordem moldura em sentido material-procedimental (compatível com a ideia de ordem fundamento em sentido qualitativo), ou seja, de que a constituição estabelece um rol de deveres e proibições ao legislador (a moldura), e que, dentro desta moldura, em compatibilidade com as normas e a axiologia constitucional poderiam ser reconhecidas como idôneas as normas que obedecessem aos parâmetros da moldura.

E, que a liberdade de criação legislativa que exsurge, permitida pela moldura constitucional, é chamada de discricionariedade estrutural do legislador. Podendo, outrossim, a moldura permitir um outro tipo de liberdade, qual seja, de discricionariedade epistêmica, representada na medida da impossibilidade cognitiva de aferir se a moldura permite ou não a edição de determinada norma. Neste caso, prevalece a discricionariedade do legislador (epistêmica) por ser este quem exerce a função legislativa de modo típico.

Também da moldura constitucional (acompanhada da moldura legal) demonstra o surgimento da discricionariedade administrativa, que seria a margem de liberdade outorgada ao administrador, para que, segundo critérios de conveniência e oportunidade, adota a solução mais consentânea com o interesse público.

Nesta senda, delinea, ainda, a diferença entre a discricionariedade e a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, onde, na primeira, o administrador completa o

comando da norma com um elemento de vontade, de modo a que a melhor solução de interesse público seja contemplada.

No segundo, o administrador tem que interpretar o conceito indeterminado à luz do caso concreto, e daí apontar a solução que contemple o interesse público naquele caso. Assentando também que parte da doutrina não aceita os conceitos jurídicos indeterminados como inseridos no conceito de liberdade decisória. Isto com base no argumento de que, à luz do caso concreto haveria o dever de o administrador tomar a melhor decisão, o que ceifaria qualquer espaço de liberdade.

Assevera, ainda, que, para outra parte da doutrina, poderia sim ser reconhecida uma margem de liberdade na inteligência dos conceitos jurídicos indeterminados; isto porque, casos há em que seria impossível estipular uma única interpretação do conceito jurídico indeterminado no caso concreto. Nestes casos, e para esta parte da doutrina, há sim uma margem de liberdade manejável pelo administrador para tomar a melhor decisão no caso em análise.

Esclarece, também, que parte da doutrina aparta, da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados, a matéria relativa à aplicação da legislação finalística voltada ao cumprimento de diretrizes, objetivos e políticas públicas. Neste ponto, assenta que, por sua especialidade, deveria ter esta aplicação um delineamento específico, já que a aferição da liberdade do administrador, nestes casos, deveria ser objeto de ponderação entre os objetivos fixados na legislação finalística e os demais princípios constitucionais e administrativos, maximizando tais diretrizes e objetivos, à luz das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, observado o princípio da proporcionalidade.

Demonstra, também, que a liberdade decisória do Estado nem sempre é manejada de forma comprometida com o interesse público; sofrendo influxos de interesses egoísticos, decorrentes, inclusive, da própria interpretação do Direito, que pode vir a ser utilizado como instrumento de dominação e de reprodução do *status quo*. Neste sentido deve o intérprete conhecer a realidade social, os obstáculos e as determinações que impedem a concretização do projeto constitucional, e evitar que este seja direcionado apenas em uma perspectiva simbólica.

Denota, ainda, que o intérprete deve efetivar a proteção da Lei Maior, e que, para tanto, deve conhecer a sua essência, seus delineamentos centrais. Neste mister, declara que a dignidade da pessoa humana e a democracia são pontos fulcrais de preocupação do intérprete, mas que seriam insuficientes, cada um de per si, para denotar a essência, o ser da constituição, ficando este ser provisoriamente anotado como o próprio projeto constitucional.

Frisa também que, como, o reconhecimento do espaço de liberdade volitiva quando da discricionariedade, a aferição da correta tomada de decisão para auferir o interesse público, a intelecção devida dos conceitos jurídicos indeterminados à luz do caso concreto, e a ponderação das diretrizes e objetivos, maximizando-os em relação às possibilidades fáticas e jurídicas são atividades que demandam um exercício de hermenêutica e aplicação do Direito, desenvolve-se no presente trabalho uma linha de argumentação acerca de uma hermenêutica reverente ao princípio da sustentabilidade.

Neste prisma, assenta, inicialmente, a complexidade da hermenêutica, e como os meandros da linguagem e a precariedade da palavra fazem sempre do ato compreensivo um desafio; ainda mais na seara jurídica, onde a tarefa de conformação e resolução dos conflitos é sempre dinâmica, em face da evolução constante da realidade social.

Estabelece também o desenvolvimento histórico da Hermenêutica, no qual delineia, em uma rápida revisão, toda a evolução da Hermenêutica, desde a Grécia até a realidade presente, destacando-se as suas vertentes mais significativas, como a Hermenêutica filosófica e a metodológica.

A Hermenêutica filosófica, que buscou exatamente estabelecer o mecanismo da compreensão, e como o homem estabelece esta compreensão a partir da sua vivência no mundo, os seus juízos prévios e a tradição. Neste prisma é vista principalmente a contribuição de Heidegger com o deslinde do ser-aí, com a noção de que todo o ato compreensivo é na realidade um compreender-se, ou seja, no sentido de que o homem compreende, compreendendo-se. E a contribuição de Gadamer, explicando o mecanismo da compreensão a partir de uma fusão de horizontes entre a visão pessoal do intérprete e a tradição.

Explicita também a Hermenêutica metodológica de Betti e seus cânones exegéticos, onde este propôs uma teoria geral da interpretação abrangendo todos os ramos das ciências do espírito, procurando centrar seu trabalho no desenvolvimento de um método que permitisse ao intérprete exercer o mister exegético da forma o mais objetiva possível. E, neste prisma, por metódica, a Hermenêutica de Betti aproxima-se muito dos cânones hermenêuticos tradicionais (interpretação gramatical, histórica, teleológica, lógico-sistemática).

Menciona, ainda, a Hermenêutica crítica, que procurava sindicar a valorização excessiva da tradição, na medida em que esta, a tradição, poderia estar a serviço de interesses egoísticos e mecanismos de dominação. Como também a contribuição de Ricoeur, desenvolvendo uma conciliação entre as vertentes Hermenêuticas mencionadas, defendendo que a compreensão da Hermenêutica fosse filosófica, porém, sem olvidar a necessidade de

crítica da tradição (Hermenêutica da suspeita), e também sem desprezar considerações metodológicas.

Esclarece, ainda, que não haveria uma dicotomia radical entre Hermenêutica metodológica e filosófica, na medida em que foi demonstrado que ambas são úteis ao trabalho do intérprete, sendo a Hermenêutica filosófica mais voltada ao entendimento do mecanismo da compreensão, explicitando como os pré-juízos e a tradição interferem no resultado da interpretação; e a Hermenêutica metodológica exatamente demonstrando um método para liberar o espírito do intérprete, para que os pré-juízos ilegítimos não atrapalham a objetividade da interpretação.

Fincadas as linhas gerais do estudo da Hermenêutica, a dissertação desenvolve uma vertente Hermenêutica voltada ao futuro; ou seja, desenvolve, a partir dos marcos teóricos das vertentes filosófica e metodológica da Hermenêutica, uma Hermenêutica de sustentabilidade, devotada à proteção do projeto constitucional, e à concretização contínua e evolutiva dos direitos fundamentais no futuro.

E, neste mister, assenta, em termos de Hermenêutica filosófica, que o intérprete deve ser capaz de se libertar dos prejuízos ilegítimos de uma tradição inautêntica, voltada ao aqui e agora, desprezando a curatela do futuro (e a responsabilidade que cada indivíduo tem com a continuidade da vida humana nos moldes em que a conhecemos), e, principalmente, conectada a uma lógica de reprodução e de interesses egoísticos, e não comprometida com o projeto constitucional. Nestes termos, o intérprete tem que desvelar o ser da constituição e comprometer-se com todas as condições de possibilidade do projeto constitucional (no presente e no futuro).

E, em termos de Hermenêutica metodológica, que, a partir do cânone da autonomia do objeto, a constituição seja lida tendo como fulcro seus próprios fundamentos, e não tendo por base o ordenamento infraconstitucional, ou interesses outros. Que a partir do cânone da totalidade, que a Lei Maior seja compreendida em seu conjunto e não por tiras ou partes. Que a partir do cânone da atualidade do entendimento, que a Lei Magna seja lida a partir da realidade histórica atual, havendo um trabalho de reconhecimento de seus ditames, a partir da visão atual da relevância dos direitos fundamentais e das ameaças trazidas pela técnica e pelo uso intenso da tecnologia. E, finalmente, que a partir do cânone da adequação, que o intérprete perceba a grandeza do projeto constitucional e a necessidade de que, dia-a-dia, em cada decisão e em cada momento de aplicação do Direito, tal projeto seja reverenciado e cumprido.

Determina, ainda, que o princípio da sustentabilidade adere-se à moldura normativa da constituição, denotando a necessidade de que todo o ordenamento jurídico (e daí toda a produção administrativa e legislativa) obedeça a esta moldura.

Demonstra, com base na Hermenêutica filosófica, que o projeto constitucional corresponde ao próprio ser da constituição, e daí corresponder ao seu sentido, que deve ser desvelado pelo intérprete, tendo por base uma Hermenêutica de sustentabilidade.

E, uma vez estabelecida a moldura, tem-se que a discricionariedade, seja legislativa ou administrativa, a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, e a ponderação das diretrizes e objetivos na aplicação da legislação finalística têm que ser reverentes a esta moldura.

Deste modo, todos os espaços de liberdade de decisão estatal têm que ser compreendidos à luz da moldura de sustentabilidade, o que implica que, em se tratando de um caso de discricionariedade, será demandado que a escolha a ser feita, conduza, dentre as soluções possíveis, àquela que melhor homenageie o projeto constitucional e a concretização contínua, evolutiva e sustentável dos direitos fundamentais no futuro.

Que, em se tratando de conceitos jurídicos indeterminados, que a inteligência destes conceitos, no caso concreto, na busca da melhor solução, espelhe que a solução ótima será aquela que melhor incentive o projeto constitucional e a eficácia dos direitos fundamentais no presente e no futuro.

Que, em se tratando de diretrizes, objetivos e políticas públicas, que, na ponderação dos princípios leve-se em conta o peso do princípio da sustentabilidade, já que como foi visto, trata-se de princípio vinculado à própria essência da constituição, tendo peso relevante.

Por fim, em se adentrando em aspectos sensíveis da avaliação da liberdade decisória estatal, como a reserva do possível, o mínimo existencial, a implementação progressiva dos direitos fundamentais e a vedação do retrocesso, estabelece o disposto a seguir.

Quanto à reserva do possível que, uma vez, verificadas as reais possibilidades fático-financeiras do ente público, e aferida a pretensão, de acordo com a sua universalização, observada a isonomia; então serão devidas todas as pretensões relacionadas a direitos fundamentais que não prejudiquem, em termos gerais, a concretização sustentável destes e dos demais direitos fundamentais no futuro. E que, em havendo o prejuízo para a concretização futura dos direitos fundamentais, então a moldura de sustentabilidade vetará a pretensão.

Quanto ao mínimo existencial, que este não pode ser visto nem em uma perspectiva insuficiente que não garanta um patamar mínimo de direitos proporcional às reais

possibilidades financeiras do ente público. Nem em uma dimensão excessiva que não possa ser custeada no futuro, ou que esteja em desacordo com o projeto constitucional; e muito menos em desacordo com os incentivos necessários à valorização do trabalho e ao desenvolvimento social.

Quanto à implementação progressiva dos direitos fundamentais, aduz que a concretização do projeto constitucional é feita de maneira paulatina, mas contínua. E, que em se tratando de direitos fundamentais, tal implementação é de ser feita do modo mais rápido possível.

E quanto à vedação do retrocesso, assinala que a flecha de concretização de direitos fundamentais realmente tem que ser voltada para a ampliação de tais direitos. Merecendo alerta duas situações. A primeira, que atitudes equivocadas, ou motivos de força maior podem acarretar retrocesso; neste caso, as providências para o caminho de volta devem ser tomadas de imediato. E a segunda, que a vedação do retrocesso não abrange pretensões que não mais se adequam à realidade social vigente. Neste exemplo, não há que se falar em real retrocesso, mas sim em reconhecimento de que a pretensão em questão não é mais demandada pela sociedade e pelo projeto constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O direito a prestações da saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.1, p. 133-160, Jul/dez 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. (triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). 2005. Disponível em: <
http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Sobre educação e juventude**: conversas com Ricardo Mazzeo. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2003.

_____. **Sociedade de Risco**. Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: editora 34, 2010.

BETTI, Emilio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BINENBJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses Públicos Interesses Privados**: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 117 a 170.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. ed. São Paulo: Edipro, 2012.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução? **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 15, jan-mar, 2007.

BORGES-DUARTE, Irene. **Arte e técnica em Heidegger**. Lisboa: Documenta, 2014.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 01 jun. 2015.

BRASIL. **Lei de Responsabilidade Fiscal**. 2000. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm >. Acesso em: 01 jun. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 591/1992**: Promulga o pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2015.

BRASIL. **Lei nº 4320/1964**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm >. Acesso em: 01 jun. 2015.

BRITTO, Carlos. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: Uma Contribuição ao Estudo do Direito. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Proporcionalidade e Argumentação**. A teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2011.

CARDOZO, José Martins. A Discrecionalidade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (org.) **Discrecionalidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 43-78.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: 2005.

_____. A Discrecionalidade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (org.) **Discrecionalidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3-42.

CASANOVA, Marco Antonio. **Compreender Heidegger**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, Série Compreender.

COELHO NETO, Ubirajara. Constitucionalização Previdenciária Brasileira. In: COELHO NETO, Ubirajara (Organizador e Co-autor). **Temas de Direito Constitucional: estudos em homenagem ao Prof. Osório de Araújo Ramos Filho**. Aracaju: Edição do Autor, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRISTOVAM, José Sérgio da Silva. O Conceito de Interesse Público no Estado Constitucional de Direito. Revista da Emesc, v.20, n.26, 2013. Disponível em: <<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/78/71>>. Acesso em: 01 jan. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de J. Baptista de Machado. 8. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

FEITOSA, Enoque. Forma Jurídica e Método Dialético: A crítica marxista ao direito. In: FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque (orgs.) **Marxismo Realismo e Direitos Humanos**. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2012, p. 107-157

FIRJAN. **IFGF 2015**: Índice Firjan de Gestão Fiscal. 2015. Disponível em: <<http://www.firjan.com.br/ifgf/downloads/>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da Tradução de Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIAMBIAGI, Fábio. **Reforma da Previdência**: o encontro marcado. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2012.

_____. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARDIN, Garret. **Tragedy of the commons**. 1968. Disponível em: <http://www.geo.mtu.edu/~asmayer/rural_sustain/governance/Hardin%201968.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**: Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Ser e Tempo**: Parte II. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Direito ao Desenvolvimento e o Município na CF/88**. Revista Diké - Mestrado em Direito, volume um, p.101-120, 2011.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2015.

_____. **Técnica, Medicina e Ética**: sobre a prática do princípio responsabilidade. Tradução do Grupo de Trabalho Hans Jonas da ANPOF. São Paulo: Paulus, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Prefácio e organização de Aurélio Wander Bastos. Epílogo de Rosalina Corrêa de Araújo. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

LUNO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, jul./ set. 2011. Disponível em :<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=74838>>. Acesso em: 30 maio 2012.

MUNOZ, Jaime Rodriguez-Arana. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. Tradução de Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Ensaio sobre a lei**. Lisboa: Coimbra Editora, 2002

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Jelson. **Compreender Hans Jonas**. Petrópolis: Vozes, 2014. Série Compreender.

OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português: Volume I, Identidade Constitucional**, Coimbra: Almedina, 2010.

_____. **Manual de Direito Administrativo**, I Volume, Coimbra: Almedina, 2013.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antonio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PROCURADORIA DA REPÚBLICA DA 4ª REGIÃO. Jurisprudência de tribunais e órgãos estrangeiros e internacionais. 2006. Disponível em: <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=jurisprudencia_internacional>. Acesso em: 01 jan. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.1, p. 161-178, Jul/dez 2008.

RUSS, Jacqueline. **Pensamento Ético Contemporâneo**. Tradução de Constança Marcondes César. 5. ed. São Paulo: Paulus, 2011.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 abr. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.1, p. 179-234, jul/dez 2008.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses Públicos Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23 a 116.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. **Social and Economic Rights? Lessons from South Africa**. 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=269657>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. **The laws of fear**. 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=274190>. Acesso em: 15 dez. 2015.

TEIXEIRA, Braz. **Breve Tratado da Razão Jurídica**. Sintra: Zéfiro, 2012.

TORRES. Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral**, Rio de Janeiro, n. 42, 1990, p.69. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/932407/DLFE-48620.pdf/REVISTA4269.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2013.